UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

L'Institution du Mariage Putatif en Droit Français

Etude Historique et Critique

par

Ricardo GALLARDO

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT
présentée et soutenue le 20 Décembre 1938

MEMBRES DU JURY
Président de thèse : **M. ROUAST**
Assesseurs : **MM. SOLUS** et **LE BRAS**

PARIS - 5e
LIBRAIRIE SOCIALE ET ÉCONOMIQUE
3, Rue Soufflot, 3

1938

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553012_0097

L'INSTITUTION DU MARIAGE PUTATIF EN DROIT FRANÇAIS

Etude Historique et Critique

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

L'Institution du Mariage Putatif en Droit Français

Etude Historique et Critique

par

Ricardo GALLARDO

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT
présentée et soutenue le 20 Décembre 1938

MEMBRES DU JURY
Président de thèse : **M. ROUAST**
Assesseurs : **MM. SOLUS** et **LE BRAS**

PARIS - 5e
LIBRAIRIE SOCIALE ET ÉCONOMIQUE
3, Rue Soufflot, 3

1939

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

A

MES CHERS PARENTS

ET

A MES FRERES

« *En ce qui touche le raisonnement on ne peut distinguer le sophisme de la démonstration qu'en vérifiant la conclusion par l'expérience et par la pratique.* » (Bacon).

« *L'esprit romain réduisit la religion à n'être qu'un moyen de réaliser son but, c'est la religion dans l'Etat Romain n'était pas maîtresse mais servante.* » (Ihering, *L'esprit du Droit Romain,* tr. fr. Meul., tome I, p. 323).

« *L'Ecriture est claire mais le vocabulaire et la grammaire empêchent de comprendre...* » (Luther, *Tr. du serf arbitre,* p. 40).

Avant-Propos

L'institution du mariage putatif, qui doit faire l'objet de cette étude, n'a guère retenu, en France, l'attention de la doctrine, comme en témoigne le petit nombre d'études parues sur ce sujet, en comparaison des travaux nombreux et approfondis publiés ces dernières années à l'étranger.

Ce silence autour de l'institution la plus étrange du Code Civil, est injuste à un double point de vue. En tout premier lieu, au point de vue juridique : le juriste habitué, lorsqu'il étudie les autres institutions du Code, à suivre une ligne précise et préalablement délimitée, par l'esprit sinon par les textes, se trouve perplexe et contrarié lorsqu'il aborde l'étude d'un principe à peine esquissé par le législateur. Sa tâche est d'autant plus déconcertante que le mariage putatif ne possède pas d'effets qui lui soient propres; le juriste doit, par conséquent, aller à leur recherche et les dégager, après un mûr examen, des autres institutions connexes et en particulier du mariage. Cette intégration ne s'accomplit donc qu'à la suite d'une désintégration. Mais cette opération est malaisée : les matériaux ainsi employés souffrent d'avoir été déplacés. A utiliser les principes à rebours comme il arrive en matière de mariage putatif, on leur fait perdre, ce n'est pas toujours regrettable, beaucoup de leur vertu. Les règles de la paternité et de la maternité légitimes, le principe de la légitimité, le devoir de fidélité entre époux, la réciprocité de la vocation successorale, bref le droit du mariage se trouve bafoué pour être maintenu et appliqué en matière de mariage putatif. Seul le principe de la filiation basée sur les liens du sang, pleinement justifié, reçoit en notre matière, une entière consécration.

En somme, les lois ressemblant beaucoup aux systèmes économiques, dont elles ne sont que la réalisation juridique, l'expérience qui se dégage de l'application du mariage putatif, c'est que leur valeur se mesure moins d'après l'affirmation des principes qu'elles contiennent que d'après les contradictions intrinsèques

qu'elles renferment. Le mariage putatif est le thermomètre qui nous instruit, mieux que tout autre instrument, de la fièvre que l'institution du mariage, avec ses formalités tracassières et ses innombrables cas de nullités, aujourd'hui en régression, fait subir à la société et à la famille. Ce bref aperçu de l'aspect juridique et social de l'institution devait suffire, à lui seul, pour intéresser à son étude les juristes professionnels et les théoriciens.

En deuxième lieu, ce silence est d'autant plus injuste qu'il a privé l'institution d'un essor qu'elle n'a pu acquérir dans certaines législations étrangères, que grâce aux réformes introduites par le Code Civil dans l'institution primitive léguée par le Droit canonique et transmise par l'Ancien Droit français. Nous avons pensé pour cette raison qu'une étude critique du mariage putatif ne s'imposait nulle part mieux qu'en France. Un deuxième ouvrage, ayant trait aux droits étrangers, doit compléter cette étude. Certains aspects qui peuvent rester dans l'ombre se trouveront ainsi plus complètement dessinés et deviendront alors plus clairs.

Loin de nous la pensée de nier l'apport qui nous a été fourni par les travaux de nos prédécesseurs. Néanmoins, ces travaux souffrent d'un triple défaut. C'est d'abord leur ancienneté. La plus récente thèse, concernant le mariage putatif en droit français, remonte à 1907; or, depuis cette époque, un nombre impressionnant d'arrêts ont été rendus en la matière. Cette jurisprudence nouvelle a fait devenir caduques bien des conceptions que l'on supposait acquises, et est venue en consolider d'autres que l'on croyait périmées. Tous les autres travaux ont paru il y a plus de cinquante ans, à l'exception d'une étude historique sur le mariage putatif, parue en 1913, qui n'a guère apporté de solutions originales sur la question si débattue des origines et sur le développement de l'institution. D'autre part, certains de ces travaux sont purement doctrinaires, les apports de la jurisprudence à la matière y sont à peine indiqués ; de là résultent une brièveté exagérée dans l'exposé et de nombreuses lacunes. Le deuxième reproche a trait à la méthode. Presque toujours l'étude du mariage putatif a été faite accessoirement, à l'occasion de celle du mariage ou de l'effet rétroactif des nullités ou du problème si discuté des cas d'inexistence du mariage. Cette habitude invétérée de considérer le principe du mariage putatif comme une exception à un principe déterminé, n'est pas seulement injustifiée, aucun auteur ne s'étant jamais attardé à en faire la preuve,

mais elle est la cause originaire des absurdités qui déparent la doctrine actuelle du mariage putatif. Nous n'avons pas seulement écarté du plan que nous avons suivi cette méthode qui nous paraît antijuridique et irrationnelle, mais nous pensons avoir définitivement anéanti le préjugé qu'elle constitue. Les travaux publiés jusqu'à ce jour souffrent, de même que la doctrine, telle qu'elle nous apparaît dans les Traités Généraux de Droit Civil, d'un plus grave défaut : celui d'asseoir l'institution sur une seule et unique condition qui, par surcroît, reste en dehors de la science juridique : la bonne foi. En dehors des inconséquences et des contradictions auxquelles aboutit ce système, il a le grave inconvénient de confondre le droit, science matérielle et sociale par excellence, avec l'ignorance ou la connaissance que les hommes en ont. Il a fallu écarter cette anomalie, qui risquait de faire périr l'institution sous un amas confus de principes et de déductions arbitraires. Nous présentons, dans ce travail, une théorie plus conforme aux textes et directement inspirée de l'esprit de l'institution. Pour nous, le fondement juridique de l'institution n'est autre que le consentement des parties. D'autre part, nous nous sommes attachés à replacer la bonne foi, et nous n'avons pas eu de peine à démontrer qu'en réalité elle ne crée rien en droit, ni n'engendre aucun effet juridique ; mais qu'elle est cependant indispensable, parce que c'est elle qui contribue à rendre intéressante, aux yeux de la loi, la situation des prétendus époux, comme elle le fait du reste, en faveur du prétendu propriétaire qui prescrit dans un laps de temps plus court que celui qui est de mauvaise foi. De même qu'en matière de propriété la bonne foi, sans la possession, est inopérante, en matière de mariage putatif, la bonne foi, sans le consentement, est inefficace.

La peine que nous nous sommes imposée pour analyser toutes les opinions sera compensée avec surcroît, si nos vues, presque toujours en contradiction avec la théorie traditionnelle, mais profondément attachées à l'esprit et aux textes du Code, parviennent à déraciner de vieux préjugés. En outre, notre désir le plus ardent est que ce travail puisse stimuler l'intérêt de la jeunesse intellectuelle, éprise d'esprit critique, pour l'étude des contradictions que renferme, par rapport aux autres principes du Code, l'institution du mariage putatif, institution remarquable par son caractère paradoxal et qui, pour le dire en bref, n'est ni un mariage, ni une apparence.

Nous avons voulu placer ce travail sous l'autorité d'un des représentants les plus éminents, de la pensée juridique française. Aussi, nous n'avons pas hésité à prier Monsieur le professeur A. Rouast, spécialiste des questions concernant les droits de famille, de bien vouloir accepter la présidence du jury examinateur de cette thèse. Nous tenons à le remercier de l'honneur qu'il nous fait en acquiesçant à notre demande, et nous lui en exprimons toute notre reconnaissance.

INTRODUCTION

1. — L'institution qui doit faire l'objet de cette étude, n'a jamais possédé un nom qui lui soit propre. Les ressemblances qu'elle offre avec le mariage, dont elle possède maints caractères, ont fait que les auteurs adoptent le nom de ce dernier pour la désigner. Encore lui ont-ils ajouté l'adjectif « putatif » — *putativo,* en espagnol, en italien, en portugais ; *putative* en anglais ; *vermeintlich* en allemand ; *putativ* en catalan ; *kvzanpatro* en esperanto — qui est un dérivé du mot latin « putativum », qui procède de « puto » dont le sens équivaut à penser, supposer, réputer, croire.

L'étymologie du mot « mariage » prête davantage à confusion. Saint Thomas d'Aquin propose de ce mot quatre interprétations différentes (1). Quoi qu'il en soit de la question si discutée des origines du vocable « mariage », il est indéniable que le terme principal qu'il renferme est celui de « mère », *mâtar* en sanscrit, *mathir* en irlandais, *mater* en latin. Tous ces mots procèdent de la racine indo-européenne *ma,* étroitement liée à la racine juive *am,* qui signifie aussi *mère,* et qui, d'ailleurs se rencontre dans les termes latins *amare* et *amor.*

Ces observations font comprendre le sens des paroles prononcées par Grégoire IX en 1236 : « *puer... propter quod magis materno indiget solatio, quam paterno, sibique ante partum onerosus, dolorosus in partu post partum laboriosus fuisse noscatur.* » (2).

Ce sont les mêmes paroles que nous rencontrons dans un des plus anciens monuments de la législation séculière occidentale : *Las siete Partidas,* de la deuxième moitié du XIIIe siècle (3).

---

(1) Suma teologica, ed. espagnole, Madrid, 1833, tome V, p. 213.
(2) Cité par l'Enciclopedia Espassa, v. *Matrimonio,* col. 1.013.
(3) *Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio,* Real Academia de la Historia. Madrid, 1807, *Ley* II, *tit.* II, *partida* IV.

Après avoir dit que les mots « matris » et « munium » sont les deux mots latins d'où dérive le mot « mariage », terme qui signifie « métier de mère », ces textes ajoutent : « Et c'est pour cette raison que l'on dit « mariage » et non « pariage », puisque la mère supporte les plus grands tourments à cause de ses fils et non le père, car bien que le père les engendre, la mère doit souffrir les plus grandes douleurs lorsqu'elles les porte dans son ventre et pour les mettre au monde... »

2. — La période familiale communément dénommée *matriarcat*, qui a été si lumineusement mise en relief par les travaux de l'érudit jurisconsulte suisse Bachofen, trouve, dans l'étymologie du mot mariage, une confirmation éclatante de son existence, indépendamment des arguments dont le dit auteur se sert avec tant de maîtrise au cours de son développement (4). Remarquons en passant que le fait que les Romains n'ont pas connu ce stade historique dans leurs rapports familiaux ne prouve rien contre la théorie du matriarcat. Cette lacune signifie que les divers peuples, qui formèrent la Rome antique, avaient dépassé ce stade, pour arriver au patriarcat. Et il nous semble qu'il n'est pas exagéré de prétendre que cette transformation dans la famille s'était accomplie à une date relativement récente. Sans doute, d'après le système pratiqué à Rome, les enfants ne sont plus attachés à leur mère, qui désormais ne leur confère plus son nom. Les générations ne sont plus comptées par le nombre des femmes et les biens successoraux ne sont plus dévolus aux parents du côté de la femme, comme cela semble avoir été l'usage à l'époque du matriarcat. Il n'en reste pas moins que certaines règles appliquées en Droit Romain sont des survivances du régime matriarcal, notamment celle en vertu de laquelle l'enfant né en dehors du mariage suit la condition de la mère (5). D'après ce que dit Ulpien, il faut là voir une loi naturelle : « *lex naturæ hæc est ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur.* » (6).

3. — Les origines du mot « putatif » ne remontent pas, à coup

---

(4) *Das Mutterecht*, Stuttgart, 1861. Contre, Hamilton, *Estado y familia*, Santiago de Chile, 1933. Cpr. Westermarck, *Histoire du mariage*, trad. fr. Van Gennep, Paris, 1934, tome II, p. 5 ss. et Tarde, *Les transformations du droit*, Paris, 1894, p. 48 ss.
(5) May, *Eléments du Droit Romain*, 17e édition, nos 22 et 32, Adde. G. I, 78 et 80.
(6) 24, *Dig.*, *De stat. hom.*, I, 5.

sûr, à une époque aussi reculée dans l'histoire humaine, tout au moins si l'on s'attache de préférence à son sens juridique. Ce furent les Romains qui, les premiers, se servirent du mot et donnèrent à l'institution dans la matière de *l'usucapion,* à l'époque classique, une fonction essentielle. Conformément au sens étymologique du mot, que nous avons rappelé ci-dessus, le titre putatif était constitué par l'opinion de *l'usucapiens,* qui croyait posséder un titre acquisitif, alors qu'il n'en était rien (7). Le titre putatif joua en cette matière un rôle de premier plan, jusque dans le droit byzantin et en dépit des efforts faits par Justinien pour le priver de toute faveur. Les interprètes modernes ont fait ressortir que la reconnaissance généralisée du titre putatif se fit aux dépens du juste titre. A les croire, une lutte assez violente s'engagea entre ces deux titres, et, chose curieuse, une répétition prématurée et se rattachant exclusivement au droit civil s'opéra alors de la célèbre loi monétaire de Gresham. A l'exemple de ce qui se passe entre la monnaie de bon et de mauvais aloi, l'Etat qui déclare ces deux titres d'égale valeur ne ferait que sanctionner l'expulsion du juste titre, en faveur du titre putatif (8).

La tradition de l'Eglise nous a conservé un autre exemple non moins connu, où le mot « putatif » a le même sens sus-indiqué : celui de la paternité de Joseph sur Jésus. On sait que d'après les Evangiles, et plus particulièrement d'après l'Evangile de Saint Mathieu, la conception de l'enfant s'opéra d'une manière miraculeuse, par l'intermédiaire du Saint-Esprit. Voici les paroles mêmes de l'Apôtre (Cap. I, vers. 18) : « Et la naissance de Jésus-Christ eut lieu ainsi : qu'étant Marie sa mère mariée à Joseph, avant qu'ils aient eu des rapports, elle se trouva avoir conçu du Saint-Esprit » (9). Cet exemple tiré de la dogmatique chrétienne a été, à plusieurs reprises, invoqué dans la matière du mariage putatif par des auteurs modernes, à la suite d'une célèbre plaidoirie appartenant à l'Ancien Droit français (10). Mais, à vrai dire, l'assimilation avec le mariage putatif ne peut être qu'extrêmement

(7) Faure J., *Justa causa et bonne foi,* Thèse, Lausanne, 1936, p. 44 et 45.

(8) Bonfante, *Corso,* II, 2, p. 270 et 271 ; V. aussi *Scritti,* II, p. 544 ; Faure, *op. cit.,* p 36 et suiv.

(9) *La Santa Biblia,,* antigua version de Cipriano de Valera, Madrid, 1932, *El Santo Evangelio segun San Mateo.*

(10) Aff. du prince Albert-Octave, 22 févr. 1711, rapporté par Merlin, *Répert.* V. *Légitimité,* sect. I, § I, en particulier p. 535; Morel, *Etude historique sur le mariage putatif.* Thèse. Paris, 1913, p. 2, note 1.

périlleuse et l'on risque facilement d'aboutir à des conclusions diamétralement opposées à la vérité.

En effet, dire que Joseph était le père putatif de Jésus signifie qu'on le croyait communément son père, alors qu'il ne l'était pas en réalité. Il s'agit donc, dans les versets bibliques, d'une paternité putative. Or, en cas de mariage putatif, si le mariage n'est valable qu'en apparence, la paternité, quand il existe des enfants de ce mariage, doit être un fait hors de doute, au moins dans la mesure où ce fait peut être certain dans un mariage réellement existant. Le mariage putatif aboutit, en définitive, à supposer que ce qui n'est pas vrai est vrai, au moins « *ad certum tempus* », mais il ne saurait aller jusqu'à conférer la putativité à un père dont la paternité n'a jamais existé. L'apparence de paternité ne se conçoit pas dans la matière du mariage putatif. Il s'ensuit que le mariage putatif, c'est-à-dire, étymologiquement celui que les parents ont cru contracter valablement, repose, en ce qui concerne le père, sur une paternité fictive et réelle. Le rapprochement avec le dogme chrétien se limite à l'emploi dans les deux hypothèses du mot « putatif » pour signifier une fausse croyance. Mais dans l'exemple tiré de la dogmatique, il s'agit d'une apparence de paternité, tandis que dans le cas du mariage, il s'agit d'une apparence de célébration du mariage.

4. — La formule « mariage putatif », aujourd'hui si couramment employée, n'a pas toujours été utilisée pour désigner les effets découlant d'un mariage nul, mais contracté de bonne foi. En effet, comme nous le montrerons en nous occupant plus particulièrement des origines de cette institution, cette expression visa tout d'abord exclusivement la légitimité conférée aux enfants issus d'un mariage nul, mais contracté de bonne foi. Ce fut sous cette forme restreinte, et pour ne concerner que les effets de la bonne foi, que le principe vécut pendant les premiers siècles de son histoire. Le grand canoniste Johanes Andreæ semble avoir été le premier à se servir de la dénomination « *matrimonium putativum* » pour désigner l'ensemble des effets découlant d'un tel mariage, et contracté à l'encontre de n'importe quel empêchement dirimant (11). Jusqu'à cet auteur, les canonistes s'étaient contentés de se référer

(11) *In quartum Decretalium libr. Novella Commentaria.* Venitiis, 1581, sur le c. 14 Ex tenore, *Qui filii sunt legitimi*, nº 5, col. 60, *verso*; Pio Fedele, *L'essenza della buona fede nel matrimonio putativo.* Milano, 1937, p. 41 et note.

au cas où le mariage avait été contracté en dépit d'un « *impedimentum consanguinitatis* » et ils s'accordaient pour reconnaître, qu'en cas de bonne foi de la part des époux, certains effets, et comme nous venons de le dire la légitimité des enfants, devaient être considérés comme acquis. C'est à partir de cet éminent canoniste que les auteurs ecclésiastiques et, à leur suite les écrivains laïques, désignèrent l'ensemble des conditions requises, ainsi que les effets qui en résultent, sous le nom composé de « *matrimonium putativum* ». C'est par leur intermédiaire que cette expression a été transmise aux législations occidentales et orientales.

PREMIÈRE PARTIE

Les origines historiques

TITRE I

Les premiers textes sur la matière

5. — Les origines du mariage putatif furent pendant longtemps laissées dans le plus grand oubli. Il s'ensuivit que mains aspects de l'institution restèrent ignorés et que son développement, dans les législations séculières, eut à subir les répercussions des incertitudes provoquées par cet abandon. Aussi, lors de la rédaction du Code Civil de 1804, une foule de questions posées par le mariage putatif, et que les anciens auteurs n'avaient nullement résolues, restèrent-elles en suspens, malgré l'acceptation du principe par les lois civiles.

D'autre part, certaines caractéristiques de la structure du mariage putatif moderne risquent d'être mal comprises et l'institution d'être réglementée contrairement à son esprit, si le regard des théoriciens et des législateurs ne s'est préalablement posé sur les origines et sur l'évolution de l'institution. Dans l'étude que nous entreprenons, nous examinerons minutieusement les origines du mariage putatif, puisque, par la force même des choses, ces origines sont destinées à expliquer le principe tout entier ainsi que son développement au cours des âges. Le deuxième titre de cette partie sera exclusivement consacré au développemnt de la théorie tel qu'il se dégage des textes des anciens auteurs français et de la pratique des Parlements de l'Ancien Droit. Grâce à cette analyse, maints aspects qui peuvent aujourd'hui nous sembler

bizarres et contradictoires nous apparaîtront plus naturels et plus harmonieux. Au fond, toute l'étude du mariage putatif n'est, lorsqu'on remonte aux sources originaires, que le développement logique d'un principe entaché « *ab initio* » des marques de l'illogicité.

6. — Parmi les auteurs modernes, deux groupes se sont constitués pour résoudre le problème des origines de l'institution. D'aucuns soutiennent qu'il s'agit là d'une institution inspirée des textes romains (1). D'autres, et ce sont les plus nombreux, pensent que ses origines sont beaucoup plus récentes et qu'elles puisent toutes leurs forces dans le Droit canonique (2). Mais c'est à tort que l'on a voulu attribuer au grand juriste Laurent, la paternité de cette deuxième théorie (3). En réalité, la doctrine qui rattache les origines du mariage putatif au Droit canonique, semble constituer une très ancienne tradition dont on rencontre des traces un peu partout dans les écrits des auteurs. Notamment, lors de la rédaction du Code Civil français, ce fut la thèse admise et soutenue par Portalis, à la Séance du Corps Législiatif du 16 ventôse an XI (10 mars 1803) (4). Le mariage putatif, dit cet illustre jurisconsulte, est « une maxime originairement introduite par le Droit canonique, depuis longtemps acceptée par nos mœurs... ».

Laquelle de ces deux hypothèses est la vraie ? C'est une question que nous ne pourrons résoudre qu'après avoir examiné les divers textes sur lesquels prétendent s'appuyer les défenseurs de chacune d'elles. Nous devons ajouter que pendant près d'un siècle, et plus exactement à partir de la rédaction du Code Civil de 1804, les auteurs ne semblaient pas vouloir donner suite à leurs recherches. L'origine canonique de l'institution une fois affirmée, ils se désintéressèrent du problème, et ne poussèrent assez loin leurs

---

(1) *Enciclopedia giuridica italiana*, V. Buona fede, n° 4; Cassat. Palermo, 16 juin 1915, For. it. 1915, 1, 349 (n); P. Gaudemet, *Du mariage putatif et de ses effets*. Thèse. Dijon, 1865, pp. 17 et 18.

(2) Laurent, *Principes de Droit civil*, II, n° 502; Brissaud, *Cours d'Histoire générale de Droit français public et privé*, tome II. Paris, 1904, n° 15, pp. 1052-1053; Huc, *Influence du Droit canonique*, Rev. crit., 1856, pp. 237-238; Esmein A., *Le mariage en Droit canonique*, tome II, p. 35; Sherer, *Handbuch des Kirchenrechts*, Graz u.; Leipzig, Moser, 1898, 135, V. p. 532 texte et note 67; Trabucchi, *Il matrimonio putativo*, I, p. 8; Crisafulli *Il matrimonio putativo*, cap. I, § I, p. 9 ss.

(3) *Enciclopedia giuridica italiana*, *loc. cit.*

(4) V. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome IV. Paris, 1827, n° 56, pp. 517-518, et *Esprit du Code Napoléon*, tome II, art. 201 et 202, p. 305.

investigatoins pour arriver à la loi primitive qui avait dû mettre en vigueur le principe du mariage putatif. Le problème restait donc en suspens et il continuerait à sommeiller dans l'oubli, au milieu de l'indifférence générale, si M. A. Esmein, ancien professeur à la Faculté de Droit de Paris, n'avait eu le mérite de préciser pour la première fois les données historiques de la question (5). Voici les termes dans lesquels s'exprime le professeur italien Galgano, qui, avec M. Esmein, a le plus contribué à éclaircir les aspects douteux et obscurs des origines du mariage putatif, en parlant de l'œuvre de ce dernier. « Sur les origines, les affirmations les plus nettes et sérieuses se trouvent dans l'étude toujours attirante, sur le mariage en Droit Canon, du regretté professeur de la Faculté de Paris, Esmein » (6).

SECTION I

L'ETUDE DES TEXTES

A. — *Les sources romaines*

7. — A vrai dire, si le mariage putatif en tant qu'institution, c'est-à-dire en tant que complexe de principes produisant d'une manière uniforme des effets juridiques, ne se rencontre pas à Rome, il n'est pas moins certain que l'idée elle-même ne fut pas complètement inconnue des Romains. Cependant, les interprètes modernes n'ont pas manqué de souligner qu'elle ne se traduit, dans la majorité des cas, que dans des rescrits n'ayant qu'une portée assez limitée. Cette observation n'est pas tout à fait exacte et l'on rencontre parfois des constitutions impériales qui semblent devoir être interprétées comme ayant un caractère et une portée plus universels.

Tout d'abord, disons qu'il est indéniable qu'en principe les Romains refusaient toute faveur aux mariages contractés en dépit

(5) A. Esmein, *Le mariage en Droit canonique*, tome II, pp. 33 et suiv.

(6) *Salvatore Galgano, Casus rariorēs, Saggi di Diritto Civile*, cap. II; *Sulla storia del matrimonio putativo*, § 1, n° 1, das la Rivista di Diritto Civile, 1921, p. 438. Cpr. Cariddi, *Il matrimonio putativo e sua origine storica*, Tip. dell' Epoca. Messina, 1894, dont l'œuvre d'après le même professeur Galgano (*op. cit.*, p. 438) est dépourvue de tout sérieux et de toute valeur.

des empêchements qui faisaient obstacle à leur conclusion. Il n'est pas permis d'en douter devant des textes aussi péremptoires que ceux qui ont été insérés par Justinien dans les Institutes (7) et au Code (8). Le premier de ces textes déclare qu'en cas de mariage contracté au mépris de la loi, il n'y a ni mari, ni femme, ni noces, ni mariage, ni dot. Les enfants qui en naissent devront être considérés comme n'ayant pas de père ou nés de père inconnu. Quant au deuxième de ces textes, il frappe de peines sévères les époux qui ont contracté des unions incestueuses. Notamment, il attribue au fisc la dot qui aurait pu être délivrée par la femme au mari. Ensuite, il réglemente la succession testamentaire et *ab intestat* de tels époux, en énumérant toutes les personnes qui peuvent être appelées à la recueillir à la place de leurs enfants. Cette incapacité de recevoir s'étend indistinctement aux donations entre vifs aussi bien qu'aux dispositions testamentaires. Le fisc recueillait à leur place, parce qu'ils n'étaient pas héritiers capables, les successions qui leur échouaient (9).

Ces textes d'ailleurs ne sont pas isolés et la rigueur dont ils font preuve envers les époux fautifs fut aggravée par Justinien, qui prononça la confiscation de tous les biens appartenant aux époux incestueux, l'exil et la dégradation militaire pour le mari (10).

La position du Droit Romain peut donc se résumer ainsi : Le mariage contracté en dépit des empêchements était frappé de nullité absolue. « *Non dicimus solvi matrimonium,* écrit Justinien, dans la Novelle 22, cap. X, *sed ab ipso initio neque matrimonium fieri* ». De tels mariages sont punis, au surplus, de peines sévères (11). Mais si telle a été la règle en Droit Romain, il est cependant possible de trouver des exceptions importantes, qui laissent pressentir le rôle que l'avenir réservait à la bonne foi en matière d'état.

Deux périodes doivent être distinguées pour l'étude de ces excep-

---

(7) Liv. I, tit. X, *De Nuptiis*, § 12.

(8) Liv. V, tit. V, 1, 6, Imp. Arcad. et Honor. Adde Frg. 4, § 8, D., 38, 10 et D., 1, 5, *De stat. hom.* II.

(9) F. Schupler, *La famiglia secondo il Diritto Romano*. Padova, 1876, vol. 1, p. 19; Morel, *Etude historique sur le mariage putatif*. Thèse. Paris, 1913, p. 7 et suiv.

(10) Nov. 12, tit. VII.

(11) V. notamment : 1.66 Dig., *De ritu nupt.;* 1.52 et 61 Dig., *De ritu nupt.;* 1.6 Cod., *De incestis et inutil.;* 1.7 Cod., *De interd. matrim.*, etc... V. Jaubert, *Des effets civils de la bonne foi*. Thèse. Paris, 1899, p. 176.

tions. Dans la première, les empereurs se contentent d'écarter la gêne qui résulte de l'application de la nullité du mariage à l'aide de rescrits qui, à n'en pas douter, ne contiennent que des dispositions privées et ne concernant que le seul cas particulier qu'ils envisagent. Dans une deuxième période, dont l'étude semble avoir échappé aux auteurs contemporains (12), on voit apparaître des constitutions impériales qui excusent le mariage incestueux s'il a été contracté de bonne foi et exonèrent les époux des peines édictées contre eux. Or, si les rescrits ne suffisent pas à fonder une dérogation définitive et générale au principe rigide de la nullité du mariage, les constitutions semblent, au contraire, avoir eu cette portée (13).

8. — Ce fut sous la forme d'un rescrit, qui nous a été conservé dans un fragment des jurisconsultes Papinien et Marcien, que les empereurs Marcus et Lucius s'adressèrent à Flavia Tertulla, qui avait vécu avec son propre oncle pendant de longues années, dans l'ignorance de l'empêchement de parenté qui faisait obstacle à leur union (14). Les empereurs accordèrent le privilège exceptionlen de la légitimité aux nombreux enfants qui étaient nés de ce mariage incestueux. Plusieurs remarques doivent cependant être faites à ce sujet.

a) C'est le premier exemple où l'ignorance des époux est prise en considération en Droit Romain afin de procurer la légitimité à des enfants issus d'une union entachée du vice d'inceste. Mais il ne semble que la portée de ce texte puisse être étendue aux autres empêchements de parenté ni aux autres cas de nullité (15).

b) A vrai dire, il n'y était question que d'accorder une fiction de

---

(12) V. Morel, *Etude*. Thèse, Cep. Enciclopedia giuridica italiana, v. *Buona fede*, n° 4, et Jaubert, *Des effets*, Thèse, p. 176 et suiv.

(13) Jaubert, *Des effets*, Thèse, *loc. cit.*, et *Enclopedia giuridica italiana, loc. cit.*

(14) Fg. 57, II, Dig., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2 : « *Divus Marcus et Lucius imperatores Flaviae Tertullae per mensorem libertum ita rescripserunt : Movemur et temporis diuturnitate, quo ignara iuris in matrimonio avunculi tui fuisti, et quod ab avia tua collocata es, et numero liberorum vestrorum : idcircoque cum haec omnia in unum concurrunt, confirfamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonio quaesitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, perinde atque si legitimi concepti fuissent* ». Le texte latin cité par Morel, *Etude historique*, Thèse, p. 11, note I, est incomplet. V. la traduction littérale, Merlin, *Répert.* V. *Légitimité*, 1, 1 ; Crisafulli, *Il matrimonio putativo*, cap. 1, 1, p. 2, note 6.

(15) Accarias, *Précis de Droit Romain*, 4e éd., 1886, tome I, n° 90, note 3; V. Cep. 1, 22, § 13, *Sol. matr.*, XXIV, 3 ; Accarias, *op. cit.*, p. 205, note 1.

légitimité (*perinde at...*) et non la légitimation proprement dite (16).

c) Il s'agissait d'une erreur de droit et non d'une simple ignorance de fait tenant à la qualité respective des époux. Ceci, comme nous le verrons plus tard en traitant de l'erreur de droit et de ses rapports avec le mariage putatif, donne une grande valeur en notre matière à ce rescrit impérial.

d) Le consentement des époux, ainsi que celui des personnes sous la puissance desquelles se trouvait la femme, avaient été donnés. Pour traduire cette condition dans le langage juridique moderne, on peut dire que le mariage avait été célébré.

e) La bonne foi apparaît sous les traits de *l'ignorance* et, par conséquent, elle comportait, aux yeux des Romains, une interprétation éthique.

f) La possession d'état fut jugée indispensable et la faveur ne fut accordée à cette union que parce que, pendant quarante ans, l'oncle et la nièce avaient vécu comme mari et femme.

g) L'existence des enfants fut considérée comme une condition indispensable pour l'octroi du bienfait de la loi, et il ne semble pas que les époux eux-mêmes jouirent d'une faveur spéciale.

9. — Parmi les textes appartenant au groupe des constitutions il faut tout d'abord citer une Constitution des Empereurs Valentinien, Théodore et Arcade, où, après avoir reconnu que le mariage contracté en dépit des préceptes légaux doit être tenu pour nul, et que, par conséquent, les libéralités qui ont pu être faites à cette occasion doivent aller au fisc, les empereurs poursuivent en ces termes : « Exceptis tam feminis quam viris, qui aut errore acrissimo non adfectato insimulatove, neque ex causa vili decepti... » Pour continuer ainsi qu'il suit : « Quos tamen ita dedum legis nostrae laqueis eximi placuit, si aut errore comperto, aut ubi ad legitimos pervenerint annos, coniunctionem huiuscemodi sine ulla recrastinatione dirimerint » (17).

---

(16) Crisafulli, *op. et loc cit.*

(17) Const. 4, Cod., *De incestis et inutilibus nuptiis.* V. 5, *Corpus Juris Civilis*, Krueger, Berolini, MCMIV; Polacco, *Di un caso singolare di succesione fra coniugi*, dans *Atti e Memorie della R. Academia di Scienze, Lettere ed Arti*, in Padova, 1896, disp. 3, p. 3; Pour les effets de la bonne foi entre les conjoints; Massimi, *Del matrimonio nulo contrato in buona fede*, Roma, 1899, p. 5 et suiv.

Voici un texte du Digeste qui ne s'exprime pas autrement sur la matière et dont la portée semble être aussi générale que celle de la Constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcade. « Incestum autem, quod per illicitam matrimonii coniunctione, admittitur, excusari solet sexu vel aetate vel etiam puniendi correctione, quae bona fide intervenit, utique si error allegetur, et facilius si nemo reum postulavit » (18).

10. — Il n'est donc pas douteux que, dans les Constitutions, la bonne foi revêt une importance plus grande que dans les rescrits. Ce qui n'empêche pas qu'elle reste impuissante à produire tous les effets d'un mariage valable et à sauver d'autres causes de nullité que l'inceste. A croire certains interprètes modernes, le Droit canonique y puisa l'origine du principe du mariage putatif (19). Mais, d'après ce que nous avons pu constater en lisant les textes canoniques, il nous a paru que cette opinion n'est pas conforme à la vérité. Ce ne furent ni les rescrits des empereurs Marcus et Lucius, ni la Constitution 4 précitée, mais les exceptions apportées par les Romains en matière de peines, qui impressionnèrent fortement les auteurs ecclésiastiques. Songeons que les Romains avaient établi toute une théorie de l'influence de « l'erroris causa probatio » dans la matière du mariage (20) :

Que le mariage lui-même n'était pas toujours nul, quant à ses effets, quoique contracté en dépit des empêchements (21) ; que, d'autre part, en ce qui concernait la restitution de la dot, par le mari, les Romains distinguaient entre la femme de bonne foi et celle de mauvaise foi (22), et qu'enfin, pour la restitution des donations faites entre les époux pendant le mariage, la mauvaise foi du donataire n'était pas sans importance (23).

A notre avis, il est plus exact de dire que ce furent ces derniers textes qui contribuèrent, à l'origine de l'époque canonique, à

---

(18) L. 39, § 7, D. *Ad. Leg. Jul. de adult.* ; Cpr. L. 68, Dig., *De ritu nupt.*, et 1, 38, § 3, *Ad. Leg. Jul. de adult.* V. Jaubert, *Des Effets*, Thèse, p. 176 ss.

(19) Huc, *Influence du Droit canonique*, Rev. crit. de lég. et de jur., 1856, pp. 237-238 ; Lomonaco, *Ist. di Dir. civ. it.*, I, § 20, p. 398 ss.

(20) Gaius, *Inst.*, 1, 13, 26, 67 et suiv., 74-75. Adde. Ulpien, *Reg.*, *tit.* V., § 8. V. Crisafulli, *Il matr. put.*, cap. 1, § 1, p. 10.

(21) Gaius, *Inst.*, 1, 85, et 1, 3, Cod., *Solut. matrim.* Novelle 22, cap. XI.

(22) Institut., *De numptiis*, § 12 ; 1, 3, Dig., *De jure dotium.*; 1, 4, § 3, Dig., *De condit. ob turp. caus.*, Cpr. 1, 18, Cod. *Ad. leg. Juliam de adult.* ; 1, 3 Cod., *Solut. matrim.*

(23) 1, 2, § 4, Dig., *Sol. matrim.*, et 1, 32, § 27, D., *De donat. int. vir. et ux.*, et 1, 2, § 1, Dig., *De his quae ut indignis.*

constituer la doctrine du mariage putatif. Quoi qu'il en soit, il est hors de doute que les auteurs qui ont soutenu la thèse de l'origine canoniste du mariage putatif, ne se sont nullement trompés, à condition toutefois de donner à cette affirmation son vrai sens. Si, par institution du mariage putatif, nous entendons l'ensemble des principes qui permettent, sous certaines conditions bien déterminées, de considérer comme légitimes les enfants nés d'un mariage irrégulier et vicié, il n'est pas douteux qu'elle n'a pas existé à Rome. Le seul exemple que les Romains nous ont transmis est celui du rescrit précité des empereurs Marcus et Lucius. En outre, la bonne foi, comme nous l'avons déjà souligné, n'apparaît dans ce texte que comme un facteur subsidiaire et accessoire. Donc le Droit Romain n'admit jamais que la bonne foi, à elle seule, puisse écarter la rigueur du principe de la nullité du mariage.

Par contre, l'élément subjectif de la bonne foi qui avait fait son apparition dans la matière de *l'usucapion,* à une époque postérieure à Manilius (149 avant J.-C.) (24), mais antérieure à la fin de la République, joua un rôle de premier ordre dans l'exonération, en faveur de l'époux de bonne foi, des conséquences pénales qu'il avait encourues par la conclusion d'un mariage célébré à l'encontre de la loi (25).

Ce ne devait être que plus tard, sous la domination de l'Eglise, que la bonne foi devait acquérir en cette matière, toute l'importance que de nos jours encore certains codes civils lui réservent. Elle devint un facteur indispensable pour pouvoir invoquer la faveur de la putativité et, fait caractéristique, elle se généralisa, donnant au principe, dont les germes furent posés par les empereurs romains, son véritable aspect d'institution. C'est cette transformation que nous allons étudier.

B. — *Les sources canoniques*

11. — Pendant plusieurs siècles, la législation de l'Eglise sur le mariage ne modifia pas, en quoi que ce soit, la rigueur primitive des Romains. Au XIe siècle, les *Petri Exceptiones legum romanorum* excluaient de toute succession des parents, les enfants nés

(24) V. M. Collinet, Mélanges Fournier, p. 81 ss.
(25) C. 5, 5, 4, etc.

de mariages incestueux, sans établir aucune distinction entre l'ignorance et la connaissance des empêchements chez les époux (26). « Unum tamen non dubites quod si quis incestas contraxerit nuptias, sciens vel ignorans, filii, qui probabuntur nati ex hoc incesto coïtu, nullo modo, nullo tempore patri vel matri succedere poterunt, nisi inconcussa triginta annorum possessio defendat eos ». Ce n'est donc que s'ils pouvaient invoquer une possession trentenaire, que les enfants pouvaient être maintenus en possession des biens de leurs auteurs.

Les écrits des Pères de l'Eglise et des Canonistes antérieurs au XIe siècle passent cette hypothèse sous silence, dans la majorité des cas. D'autres auteurs, tels Tertullien et Saint-Isidore, refusent catégoriquement à un mariage vicié les effets d'un juste « coniugium » (27). Les Collections anonymes sur le mariage qui remontent au IXe siècle (28) se composent de trente chapitres dont le IXe s'intitule « de viris et feminis in coniugium non recipiendis » et le XXIIIe « de filiis qui gignuntur de uxoribus vivorum vivorum adulterentibus » (29). Ce qui ne veut pas dire que la bonne foi soit indifférente aux premiers Pères de l'Eglise. Saint Augustin, notamment, examine à plusieurs reprises son influence sur les mariages nuls. Il existe surtout un célèbre passage de cet auteur qui renferme déjà, en germe peut-on dire, un des aspects les plus caractéristiques de la bonne foi, dans le cas d'un mariage putatif : c'est celui qui excuse l'adultère de la femme qui s'était remariée en croyant son premier mari mort, sur la foi d'un faux certificat. Le trait caractéristique de cette espèce est le rapprochement qui y est fait entre la possession de la femme et celle de la propriété. Aux yeux de l'auteur, le crime d'adultère dépend du fait que la femme s'est remariée de bonne ou de mauvaise foi. « Quod si, inquiunt, virgo nesciens viro nupserit alieno ? Hoc si semper nesciat, nunquam ex hoc erit adultera : si autem sciat, iam ex hoc esse incipie, ex quo cum alieno viro sciens cubaverit. Sicut in jure praediorum, tamdiu quisque bonae fidei possessor

(26) *Petr. Exc.*, 1, 39 (éd. Savigny), *Storia*, trad. italienne par Bollati, p. 342; *idem*, tr. fr. cité par Esmein, *Le mariage en droit canonique*, tome II, p. 35, et par Morel, *Etude historique*. Thèse, p. 19, note 2.

(27) Galgano, *Storia del matrimonio putativo*, dans la Rivista di Dir. civ., 1921, pp. 442-443.

(28) Editées par Kutstmann, *Das Eherecht des Bischofs Bernard von Pavia*, dans Arch. für Katholisches Kirchenrecht, VI, 1861, p. 4 et suiv., citées par Galgano, *op. cit.*, p. 443, note 2.

(29) *Sic.* Galgano, *op. et loc. cit.*

rectissime dicitur, quamdiu se possidere ignorat alienum : cum vero scierit, nec ab aliena possessione recesserit, tunc malæ fidei perhibetur, tunc juste injustus vocatur » (30).

Ce passage de la matière de la prescription à celle du mariage ne doit pas nous surprendre. La théorie du mariage putatif elle-même, fut constamment constituée par des principes empruntés à la doctrine de la propriété en général, et à la théorie de la prescription en particulier, et cet emprunt était aux yeux des canonistes un phénomène normal (31). Mais sans devancer l'ordre chronologique, que nous devons suivre, contentons-nous de rappeler l'affirmation catégorique d'un des plus célèbres auteurs ecclésiastiques (32) et qui ne laisse pas le moindre doute à ce sujet sur les emprunts canoniques à la théorie de la propriété. « In hoc matrimoniale sequitur alia iura patrimoniale ».

Nulle trace du mariage putatif chez Burchard de Worms, qui s'attarde un peu à commenter le sort des enfants nés des unions incestueuses, mais le titre seul de son premier chapitre indique clairement le mépris dans lequel il les tient : « Quod infames vocentur qui ex consanguineis nascuntur » (33).

12. — Cette analyse rapide nous a permis de constater l'exactitude de l'assertion de M. Esmein, qui considère que le mariage putatif n'apparut en Europe Occidentale qu'au XIIe siècle (34).

Suivant l'opinion émise par cet illustre professeur, l'institution ne fut l'objet d'aucune loi ou décision pontificale. Elle fut conçue directement par les canonistes et par les théologiens, sa base fut donc purement doctrinale (35). Les travaux entrepris par cet auteur l'amenèrent à conclure qu'il fallait attribuer la paternité de cette doctrine à un des représentants les plus en vue de l'Eglise Gallicane, Pierre Lombard, évêque de Paris en 1559 (36). Cette

(30) Saint-Augustin, *De fide et operibus, liber unus*, cap. VII, 10, Migne, 40, 6, col. 203.

(31) P. Fedele, *L'essenza della buona fede*, n° 3, p. 6, et *Il matrimonio dello scomparso*, dans la Riv. di Dir. civ. it., 1936, p. 161 et suiv.

(32) Antonii A Butrio, *In librum quartum Decretalium Commentarii*, Venetiis, 1578, sur le c. 2, *Cum inter, Qui filii sunt legitimi*, col. 43, *verso*, n° 6.

(33) *Decretorum libri XX*, Migne, 140, col. 537 et suiv.

(34) Esmein, *Le Mariage en Droit Canonique*, tome II, p. 84; Morel, *Etude historique*, Thèse, p. 20 et suiv.; Freisen, *Geschichte des canon. Eherechts*, § 74, p. 857 et suiv.; Fiedberg-Puffini, *Trattato di Diritto ecclesiastico*, p. 610 et suiv.; Crisafulli, *Il matrimonio putativo*, cap. I, part. II, p. 12 et suiv.; Brissaud, *Historie*, tome II, *loc. cit.*

(35) Esmein, *op. et loc. cit.*; Brissaud, *op. et loc. cit*

(36) Pierre Lombard, *Sententiarum libri IV*, disc. XLI, n° 3, Migne, 192, col. 939-940.

théorie rencontra des partisans parmi les auteurs qui se sont occupés des origines du mariage putatif (37) et même parmi les auteurs du Droit Civil contemporain (38).

13. — Mais en nous appuyant sur les travaux plus récents entrepris par M. Galgano, nous pensons que, s'il est exact de soutenir l'origine doctrinale de cette théorie, elle semble, toutefois, avoir fait son apparition à une époque antérieure à celle où « l'episcopum parisiensis » écrivit ses *Sentences*. Le vrai fondateur de la théorie du mariage putatif, chez qui elle se rencontre complètement formée, est Hugues de Saint-Victor (1097 ou 1101 + 1141 nouveau style) (39). Les détails sur le lieu de naissance de Hugues de Saint-Victor manquent et diverses hypothèses ont été proposées (40). Certains ont supposé qu'il était né à Ypres, tandis que d'autres, et c'est à cette thèse que nous nous rallions, le considèrent comme étant d'origine saxone. Ceux qui soutiennent cette dernière hypothèse s'appuient sur deux arguments dont le poids est incontestable : *a*) L'épitaphe qui avait été rédigée par lui-même et qui le désignait comme né en Saxonie : « *Hugo sub hoc saxo jacuit vir origine Saxo* » ; *b*) C'est là qu'il passa presque toutes les années de sa jeunesse. Quoi qu'il en soit, il est certain que, de bonne heure, il vint s'établir en France et y résida presque toute sa vie. Il n'est pas douteux, et ses écrits le montrent, qu'il subit fortement les influences canoniques de son époque, de même qu'il eut à jouer un rôle important dans la formation spirituelle et juridique de ses contemporains.

14. — Dans un premier passage qui nous a été conservé, il se montre, à vrai dire, assez réservé dans ses conclusions (41), puisque, en réalité, il n'accorde à la bonne foi qu'un rôle relativement restreint : celui que Saint-Augustin lui avait déjà reconnu, d'ex-

---

(37) Morel, *Etude historique*, Thèse. Paris, p. 19 et suiv.; Crisafulli, *Il matrimonio putativo, loc. cit.*

(38) Planiol, *Traité élémentaire de Droit Civil*, 12e édit., 1932, tome I, n° 1094 ; Bouast, dans Planiol et Ripert, *Tr. prat. de Dr. civ.*, tome II, n° 315, p. 248, note 1.

(39) *De Sacramentis christianae fidei*, Migne, 176, col. 173-174, pars. II, cap. IV.

(40) Vernet F., *Hugues de Saint-Victor. Sa vie, ses œuvres, sa doctrine*, dans le Dict. de théologie catholique, Vacant, Mangenat et Amann; *Notice sur Hugues de Saint-Victor par des religieux bénédictins de la Congrégation de Saint-Maur*, Migne, 175, col. cxxv. V. Le Bras, *La doctrine du mariage.., Hugues de Saint-Victor*, Dict. de théol. cath., tome IX, col. 2144 et suiv.

(41) *Summa Sententiarum, Tract. Sept. De Sacramento coniugii*, cap. IX, Migne, col. 163

cuser le délit d'adultère. Seulement, à la différence de l'évêque d'Hippone, l'hypothèse qu'il envisage n'est pas exclusivement limitée au délit d'adultère, elle s'étend à tous les cas d'empêchement par parenté (7 degrés). Il reconnaît que l'ignorance des époux qui ont contracté mariage au mépris des lois de l'Eglise est suffisante pour les excuser du crime commis (excusat de crimine). Mais il ne va pas plus loin et il n'élève pas à la dignité d'un juste « coniugium » le lien ainsi créé, à moins que l'Eglise ne décide, pour des raisons d'utilité (propter aliquam utilitatem) de maintenir ferme l'union, moyennant dispense. Ceci, on le voit, nous amène à une institution différente et dans sa nature et dans ses conséquences de celle du mariage putatif. Aussi, nous n'y insisterons pas.

Mais dans un autre passage (42), il se montre beaucoup plus explicite sur l'efficacité de la bonne foi en cas de mariage nul. Il commence par donner la définition d'une union légitime et il ajoute que l'union de ceux contre qui aucune faute ne peut être démontrée, parce qu'ils ont agi dans l'ignorance de l'empêchement, doit être assimilée à une union légitime et que leur mariage est censé subsister, tout au moins en apparence. Examinant les effets de la bonne foi par rapport à la personne des conjoints, il reconnaît, tout d'abord, qu'elle les excuse de toute faute et, d'autre part, que l'efficacité du sacrement de mariage est maintenue jusqu'au jour de la sentence. Quant aux enfants, ce serait les traiter trop durement que les considérer comme illégitimes, ne fût-ce que pendant la période qui suit le jugement d'annulation du mariage. Aussi, préfère-t-il les tenir comme légitimes dès leur naissance. Les seules conditions qu'il pose, et ce sont les deux conditions qui se rencontreront plus tard dans les *Sentences* de Lombard, sont l'ignorance des époux des causes de nullité entachant l'union et l'excusabilité de leur erreur.

Il est bon, cependant, de souligner que la théorie revêt chez Hugues les mêmes imperfections que celles qui se rencontreront plus tard chez Lombard et que l'auteur se refuse à accorder la légitimité à des enfants qui portent les stigmates de l'*horror* ou de la *turpitudo*. En réalité, il est très difficile de savoir ce que cet auteur entend par ces mots. Il semble qu'il ait voulu se référer

---

(42) *De Sacramentis fidei christianae*, loc. cit., Migne, *loc. cit.*

aux unions incestueuses entre frères et sœurs (43). Pour la même raison, il excluait du bienfait de la putativité les enfants nés d'une union contractée entre « voventes » ou avec un « vovens », et il entendait par là les sacerdotes qui avaient fait vœu de chasteté, les « summi sacerdotes » et même les « sacrae virgines ». Hugues proposait la solution suivante : si le vœu est privé, l'Eglise ne peut interdire le mariage et le mariage accompli ne peut être dissous. Par contre, s'il s'agit d'un vœu solennel, l'Eglise doit empêcher coûte que coûte la célébration du mariage et, en dernier lieu, elle peut dissoudre le mariage. A remarquer, d'autre part, que cet auteur n'emploie pas le mot « coniugium » pour désigner ces sortes d'unions, mais qu'il se sert d'expressions telles que : « incesta fornicationis nefandae » et « infamia societas ».

Ajoutons encore qu'il restreint aussi les effets de la bonne foi, à laquelle il dénie le caractère d'un principe général, en cas de remariage de la femme de l'absent. Les enfants nés de ce mariage ne doivent pas, selon lui, être considérés comme légitimes (44). Le seul résultat pratique produit, dans ce cas, par la bonne foi de la mère, est de l'excuser du crime d'adultère, si le mari revient et porte plainte contre elle devant les Tribunaux.

15. — La doctrine postérieure à Hugues de Saint-Victor, tout en élargissant considérablement la portée et le cadre d'application de la bonne foi, ne reste pas moins fidèle aux restrictions apportées par cet auteur. L'influence du « Parisiensis episcopus », Pierre Lombard, sur la théorie du mariage putatif, semble s'être précisément limitée à reproduire les termes dont s'était servi Hugues de Saint-Victor, à un point tel qu'il fut accusé de plagiat (45). En effet, les ressemblances qui existent entre les textes des deux auteurs sont indéniables, qu'ils se réfèrent aux conditions du « matrimonium » ou du « consensus » (46), ou à l'efficacité de la « coactio » sur la validité du mariage (47). Cependant,

---

(43) Galgano, *Storia del matrimonio putativo*, p. 453; Cpr. Pierre Lombard, *Sentent.*, Lib. IV, disc. XXVI, n° 2, *de duplici institutionem coniugi*, Migne, 192, col. 903, et disc. XXXIV, *de personis legitimii*, Migne, col. 919.

(44) De Sacra. fide Chr., cap. IX, *Quod fidelibus coniugibus uno vivente nequeat alter alli copulari.*

(45) Galgano, *op. cit.*, n° 5, p. 456

(46) Pierre Lombard, *Sent.* IX, disc. XXVII, n° 3, Migne, 192, col. 910; Hugues de Saint-Victor, *De Sacr.*, pars XI, cap. IV, Migne, 176, col. 483.

(47) Pierre Lombard, *op. cit.*, disc. XXIX, n° 1, col. 916; Hugues, *op. cit.*, cap. VI, col. 158.

il nous semble plus exact de dire que Lombard a été, dans la matière du mariage en général, influencé par la pensée de Hugues de Saint-Victor, et que le reproche de plagiat qui lui a été adressé n'est pas fondé, alors surtout que dans certains passages de son œuvre, il cite Hugues de Saint-Victor comme ayant été son inspirateur (48).

Ce que nous venons de dire de l'œuvre de Pierre Lombard ne doit pas cependant nous faire croire que son exposé est complètement dépourvu d'intérêt pour notre matière. En réalité, c'est grâce à lui que nous connaissons les deux courants qui se faisaient jour parmi les auteurs de l'époque quant à la nature du mariage putatif. Pour certains, il n'y avait pas eu mariage, parce que les conjoints n'avaient pas pu s'unir légalement; mais cependant, parce qu'ils étaient excusables en raison de leur ignorance, ils admettaient qu'il y avait eu un « quasi-coniugium ». D'autres auteurs soutenaient, au contraire, qu'il y avait eu un véritable mariage, bien que ce mariage ait été illicite. Pierre Lombard se rallia à la première de ces explications, qui fut celle qui triompha pendant un certain temps, bien que les canons appelaient « coniugia » les mariages de fait contractés entre parents au degré prohibé par les lois ecclésiastiques (49).

16. — Mais la théorie du mariage putatif ne devait acquérir son plein développement que dans l'œuvre d'Huguccio de Pise (50). Pour la première fois dans l'histoire, la bonne foi prend un aspect d'excuse générale et les enfants qui naissent de toutes sortes d'incestes ou d'adultères sont considérés comme légitimes : « similiter si monachus et monacha contrahant inter se vel cum aliis sed idem dico in his quod in aliis... » (51). Ce qui d'ailleurs n'empêche pas cet auteur de reconnaître que ces unions sont illégitimes et nulles (52). « Nullo pacto esse legitimum »; et il ajoute :

---

(48) Lombard, *op. cit.*, disc. XXXI, n° 3, Migne, 192, col. 919, et disc. XXXIX, n° 9, Migne, vol. cit., col. 919

(49) Pierre Lombard, *Sententiarum librum IV*, disc. XLI, n° 3, Migne, 192, col. 940; V. Esmein A., *Le mariage en droit canonique*, tome II, p. 35; Morel, *Etude historique*, Thèse, p. 20 ss.; Cpr. Hertius, *Commentationum atque oposculorum, De matrimonio putativo*, tome I, § 6, p. 348.

(50) *Summa ad Decretum;* V. Roman, *Summa d'Huguccio sur le Décret de Gratien, d'après le Manuscrit* 3891 *de la Bibliographie Nationale*, dans la Nouvelle Revue Historique de Dr. fr. et étranger, XXVII, 1903, p. 745-805

(51) Caus. 35, qu. 7, cité par Galgano, *op. cit.*

(52) Huguccio, *op. cit.* et *loc. cit.*

« quia nullum, quia non est matrimonium cum secunda... ». Ainsi, nous voyons déjà abandonnée l'ancienne idée d'Hugues de Saint-Victor et de Lombard, que le mariage putatif ne peut être expliqué qu'en supposant un vrai mariage ou un quasi-mariage. Pour Huguccio, comme pour les auteurs contemporains, il ne peut s'agir, en cas de mariage putatif, que d'un mariage nul, mais dont certains effets sont conservés, du moment que les époux l'ont cru valable (53).

D'autre part, l'influence du célèbre canoniste pisan se fit aussi sentir à propos des effets de la bonne foi à l'égard des enfants, et il fut le premier à leur accorder des droits successoraux, non seulement dans la succession de l'époux de bonne foi, mais aussi sur les biens de l'époux coupable qui connaissait, en se mariant, la cause de nullité dont son mariage était entaché (54). De même, il indique le principe qui, après lui, devait être unanimement admis dans la matière de la bonne foi appliquée au mariage putatif et qui s'exprime par l'adage romain : « mala fides superveniens non nocet » (55).

Section II

DEFINITION, PORTEE ET APPLICATION DE LA THEORIE EN DROIT CANONIQUE

17. — La théorie du mariage putatif ne fit jamais l'objet des commentaires d'ensemble de la part des canonistes. Cette assertion est si vraie que son étude reste encore de nos jours incomplète. Le seul ouvrage qui ait voulu faire une étude d'ensemble de la doctrine date du XVIIIe siècle. C'est l'ouvrage de Hertius, intitulé : *Commentatio de Matrimonio Putativo* (1).

Le seul mérite de cet ouvrage est peut-être de s'être attaché à construire une théorie complète de la matière. Il n'est donc pas

---

(53) Caus. 35, qu. 7 bis, cité par Galgano (Le Décret d'Hugocione se trouve en Italie à la Bibliothèque Laurenziana, où il a été consulté par M. Galgano à qui nous empruntons ces références).

(54) Caus. 35, qu. 7 et Caus. 34, qu. 1 et 2.

(55) Galgano, *op. cit.*, p. 473; P. Fedele, *L'essenza della buona fede*, p. 39, note 2.

(1) *Commentationum atque oposculorum*, anno 1700, tome I, *De Matrimonio Putativo*, p. 348 ss.

étonnant qu'il ait acquis droit de cité dans toutes les anciennes cours de Parlements et dans les Tribunaux contemporains. Depuis plus de deux siècles, les Conseils Supérieurs des Pays-Bas, aussi bien que les Cours Napolitaines, se croient obligés, à l'occasion, de citer dans leurs sentences un extrait de l'œuvre d'Hertius. C'est le plus bel hommage qu'on puisse faire à sa mémoire. Mais, soit par atavisme ou soit par une étrange coïncidence, cet ouvrage n'a mérité les faveurs des magistrats et des jurisconsultes qu'en ce qui concerne la définition du mariage putatif; tous les autres points qu'il traite sont volontairement délaissés. Il y a des raisons à cela. Ce travail laisse beaucoup à désirer à plusieurs égards, notamment en ce qui concerne le plan adopté qui se prête peu aux consultations pratiques et précises ; parfois, l'auteur est contradictoire dans son exposé et hésitant dans ses conclusions; d'ailleurs, il semble marquer une prédilection pour le système, non encore disparu de nos jours, qui consiste à accumuler les références en s'abstenant catégoriquement de toute critique. Tels sont les motifs sérieux qui expliquent l'aversion des magistrats et de la doctrine à consulter cet auteur sur l'état de la doctrine et de la jurisprudence du mariage putatif à l'époque canonique.

Mais les titres de « colonnes d'Hercule » et de « lucerna iuris » qu'on lui décerne volontiers (2) semblent cependant mérités si l'on songe à la clarté et à la simplicité de sa célèbre définition de l'institution. Elle est tellement répandue dans tous les textes et dans la majorité des arrêts que, ne serait-ce que pour suivre une tradition séculaire, nous la citerons en entier. Ce serait se placer sous de mauvais auspices que d'entreprendre un travail sur la doctrine et la jurisprudence du mariage putatif en laissant dans l'oubli celui qui peut en être considéré comme l'ancêtre le plus en vue.

On peut donner, dit-il, quatre définitions du mariage putatif (3). L'une de Nicol. Henelius : « C'est le mariage qui a été *réellement célébré et contracté de bonne foi,* du moins de la part de l'un des conjoints, mais qui était interdit *à raison de quelque empêchement* ». Une autre d'Albert Gentil : « C'est le mariage qui a été *contracté au grand jour et de bonne foi* ». Une troisième d'Alph. D'Olla : « C'est le mariage *célébré véritablement et solennelle-*

(2) Galgano, *Saggi di diritto civile*, *Storia*, Riv. de Diritto Civile, 1921, p. 438.
(3) Hertius, *De Matrimonio Putativo*, cap. VII, p. 358.

ment, mais qui n'est pas valable par suite de *quelque empêchement* que les deux époux ou l'un d'eux *ignoraient* probablement ».

Nous avons réservé la dernière place à la définition de l'auteur, parce que c'est celle-là que nous adopterons pour la période canonique de notre institution. Elle reflète, mieux que de longs commentaires, la transformation que le législateur français et, à sa suite, les législateurs des autres pays, firent subir à la nature et à l'essence du mariage putatif.

« Matrimonium putativum est, dit Hertius (4), *quod bonâ fide et solenniter,* saltem opinione coniugis unius *justâ* contractum, inter personas jungi *vetitas* consistit » (5).

Quels sont les enseignements qui doivent en être dégagés pour la période canonique ? De toutes les définitions précitées, seule celle d'Hertius mentionne les trois conditions requises, à l'époque, pour jouir de la faveur de la putativité : 1) La bonne foi de l'une des parties. On voit par là que la doctrine qui soutenait que la bonne foi unilatérale suffisait pour conférer les effets du mariage avait définitivement triomphé au XVIIIe siècle chez les auteurs du Droit Canon. 2) La célébration solennelle et publique. 3) La juste cause d'erreur (6).

Il est inutile d'insister sur le fait qu'une pareille définition ne correspond plus de nos jours aux besoins laïcs de l'institution. D'une part, en effet, elle passe sous silence les effets produits en faveur des conjoints et des enfants, d'autre part elle contient des conditions qui ont complètement disparu aujourd'hui de la plupart des textes du Droit Civil. Le mariage putatif, institution exclusivement religieuse à son origine, s'est complètement transformé en institution laïque, à un degré tel qu'il est devenu méconnaissable.

Mais nous n'avons pas de peine à reconnaître que, de nos jours encore, elle reste dans ses éléments essentiels celle de la majorité des auteurs canoniques contemporains. Voici une définition qui nous est donnée par Wernz-Vidal : « Putativum matrimonium appellatur, quod in se et obiective est *nullum* propter *occultum* impedimentum dirimens ab *alterutra,* saltem parte *bona fide*

---

(4) *De Matrimonio Putativo, loc. cit.*

(5) *Idem.* Gonzallez Tellez, *Comment. perpet. in Decretalia,* Lugd., 1673, lib. IV, tit. 17; Eybel, *Introd. jus eccles.,* tome IV, lib. 2, cap. 13, § 367; Benoit XIV, *Institutionem ecclesiastes,* inst. 87, n° 80; Engel, *Collegium juris canonici, AD.* tit. *DECRET. QUI FILII SUNT LEGITIMI,* n° 2.

(6) V. Lomonaco, *Ist. di Dir. civ. it.,* I, p. 400.

ignorantum, ideoque saltem ab una parte fuit bona fide *celebratum*. Quae bona fides non presumitur in iis, qui scienter neglexerunt formam ecclesiasticam celebrationis ad valorem requisitur (7).

18. — Doit-on considérer que la théorie du mariage putatif fut l'apanage exclusif de l'Eglise Occidentale ? M. A. Esmein, s'appuyant sur un passage de Zhishmann, a en effet insinué que l'Eglise Orientale n'a jamais connu de remède à de pareilles situations (8). Il s'ensuit que le mariage putatif, œuvre de l'Eglise d'Occident, n'aurait eu à agir que dans un cadre relativement restreint. Mais les travaux plus récents de M. Galgano l'on conduit, en utilisant l'œuvre de Zhishmann, à conclure dans le sens de l'existence de l'institution dans l'Eglise Orientale, et par conséquent à reconnaître au principe du mariage putatif une portée universelle, que nous ne pouvions pas manquer de souligner (9). En effet, le passage de Zhishmann sur lequel M. Esmein avait appuyé sa théorie négative, comporte une certaine latitude d'appréciation, de sorte que l'hypothèse contraire qui soutiendrait l'affirmative serait, en raison de l'ambiguïté des termes employés par l'auteur autrichien, aussi bien fondée. Zhishmann affirme que parmi les effets résultant d'un mariage nul il faut citer l'illégitimité des enfants qui en sont nés. Mais il ajoute, et là réside précisément le point névralgique, « pour autant que le mariage a été contracté sciemment et en faute » (10). Ce texte, comme nous venons de le dire, permettrait le doute sur l'existence du mariage putatif en Droit canonique oriental, tout en laissant pressentir que l'institution ne lui est pas étrangère.

Heureusement, ce passage n'est pas le seul dans lequel Zhishmann traite la question de la bonne foi et de ses effets. Dans le chapitre qui suit celui où se trouve la phrase que nous venons de citer, il

---

(7) *Ius canonicum*, tomus V, *Ius matrimoniale*, Romae, 1925; cap., *De matrimonio in genere*, III, p. 19, et édit. Romae, 1928, n° 610, p. 715; Adde, Chelodi, *Ius matrimoniale iuxta codicem iuris canonici*, éd. 3a, n° 150 c.; Capello, *Tract. can. mor. de Sacram*, vol. III, *De matrionio*, Taurini, p. 49. Cpr. : P. Fedele, *L'essenza della euona fede*, p. 48 et 88; V. can. 1054, 4, *C. J. C.* Cpr., *infrà*, n°s 79-85.

(8) Zhishmann, *Das Eherecht der Orientalischen Kirche*, Wien, Braumüller, 1864, p. 700; Esmein, *Le Mariage en Droit canonique*, tome II, p. 33, suivi par Morel, *Etude historique*, Thèse, p. 19.

(9) Galgano, *Storia del matrimonio putativo*, *op. cit.*, pp. 440-441.

(10) *« Als wirkungen der Nichtigkeitserklärung einer ungesetzlichen Ehe ergeben sich, woferne sie wissentlich und verschuldeter Weise geschlossen wurde. » « In quanto il matrimonio illegittimo fosse stato conchiuso scientamente e colposamente. »*

s'occupe spécialement des effets du mariage putatif (vermeintlich, putativum) (11).

« Il peut arriver, dit-il, que deux personnes ignorantes des normes ecclésiastiques contractent, dans les formes prescrites par l'Eglise, un mariage de la validité duquel elles étaient convaincues, mariage qui par la suite se révèle être purement supposé (vermeintlich, matrimonium putativum). Dans un cas semblable, le mariage supposé produit, jusqu'au moment de la sentence de nullité, les effets d'un mariage valable en faveur des deux parties ou en faveur de la partie qui se trouve être de bonne foi, ainsi qu'à l'égard des enfants jusqu'alors conçus. L'Eglise, dans ce cas, ou renonce partiellement à leur imposer la pénitence, ou leur accorde sa pleine indulgence (pardon), si les conjoints, de leur propre initiative et avant que leur mariage illégitime n'ait été annulé judiciairement, brisent volontairement leur union ».

Dans un même ordre d'idées, il convient d'attirer l'attention sur la partie que l'auteur consacre aux « effets particuliers du mariage putatif d'un prêtre » (12). Disons d'ailleurs tout de suite qu'il n'examine ce point qu'en ce qui concerne les fonctions et la mission ecclésiastique du prêtre. Le mariage d'un prêtre, tout en étant nul, ne saurait entraîner contre l'époux innocent, qui l'a contracté à la suite d'une ignorance excusable, les peines édictées par l'Eglise. D'autre part, il n'est pas interdit à la femme de se remarier, aucun empêchement ne s'oppose à ses secondes noces; cependant, il serait plus judicieux pour elle, du point de vue des canons, de s'abstenir d'un nouveau mariage (13).

De ces observations, nous pouvons déduire que le cadre où évolue la théorie du mariage putatif en Droit Canonique Oriental est sensiblement le même que celui que nous avons esquissé pour l'Eglise Occidentale. La célébration « in facie Ecclesiae » demeure une condition essentielle pour bénéficier de la faveur; d'autre part, la bonne foi de l'un des conjoints est suffisante pour que les enfants qui naissent de ce mariage nul profitent des effets d'un mariage valable.

19. — Se rattachant directement au Droit canonique, l'espèce la plus célèbre pour le retentissement qu'elle eut en France et en

(11) Zhishmann, *op. cit.*, p. 705 ss.
(12) Zhishmann, *op. cit.*, p. 706.
(13) Zhishmann, *op. cit.*, p. 380.

toute la chrétienté fut sans doute celle du roi Philippe Auguste, où le pape Innocent III eut à intervenir personnellement (14). Philippe Auguste épousa en 1193, après la mort de sa première femme Isabeau de Hainaut, Ingeburge de Danemark, petite-fille du roi Canut de Danemark. Leur mariage ne rendit pas heureux le roi, et il voulut se séparer de sa femme, presque aussitôt qu'il l'avait épousée. Sur la foi des généalogistes qui, à ce qu'il semble, s'étaient trompés à dessein en prétendant Ingeburge parente du roi Philippe au degré prohibé, l'archevêque de Reims annula leur mariage. A peine délié de cette union, le roi se remaria avec Agnès, fille du duc de Méranie. Mais, pendant l'intervalle, la famille de la reine Ingeburge avait fait appel à Rome et le Pape cassa la sentence rendue par l'archevêque de Reims.

Après une série de péripéties, mi-comiques et mi-tragiques, où l'on eût pu craindre le pire entre le Roi et la Papauté, le premier consentit à reprendre sa femme et par conséquent à quitter Agnès, femme putative. Mais il s'adressa par la suite à Innocent III, pour que celui-ci conférât la légitimité aux enfants issus de sa deuxième femme. Dans la réponse que fit Innocent III, on discerne nettement les trois conditions que nous avons précédemment énumérées et que nous avons dégagées de la définition d'Hertius. Insistons cependant sur certaines particularités de cette espèce (15). La *juste cause d'erreur* ne consistait que dans le fait que les époux ne s'étaient liés que sur la foi d'une sentence d'annulation du précédent mariage rendue par l'autorité compétente. Ils avaient donc cru qu'ils étaient définitivement déliés de tout lien antérieur et, par conséquent, libres de s'épouser. Au surplus, aucune opposition formelle ne leur était parvenue qui eût pu les mettre en garde : « nulla tamen ad ipsum de alia non ducenda prohibitio facta pervenit ».

Fait caractéristique et auquel les auteurs ne semblent pas avoir accordé toute son importance, la bonne foi revêtait un aspect particulier que nous tenons à souligner. Innocent III y fait allusion à une sorte de bonne foi « chrétienne » et générale, qui consisterait moins à avoir cru à la validité de l'union ou à avoir ignoré les vices dont elle était entachée, qu'à s'être montré un

---

(14) Merlin, *Répert.*, V. *Légitimité*, sect. I, § I, III; Morel, *Etude historique sur..*, Thèse, p. 26 ss.

(15) Voir *suprà*, n° 17

fidèle soumis aux règles et préceptes de l'Eglise. « Nos igitur attendentes in eo devotionis constantiam et fidei puritatem quam a progenitoribus ergo romanam ecclesiam quasi quodam hereditario jure contraxit... ».

Signalons encore que la « faveur toute spéciale » de la légitimité accordée aux enfants fut décernée à l'égard des deux époux. Le mariage putatif ne devait, dans la pensée du Pontife, porter aucun préjudice à la personne des conjoints. Cette dernière conséquence ne put s'accomplir, parce que la reine Agnès fut si affectée qu'elle en mourut bientôt après.

Section III

CAUSES JURIDIQUES ET SOCIALES DE L'APPARITION DU MARIAGE PUTATIF

20. — Cette question est une des plus délicates que puisse se poser un théoricien. Il est impossible, étant donné la vaste portée du problème, de se référer à une cause unique et, à vrai dire, nous pensons que le mariage putatif doit être considéré comme une théorie qui révèle mieux que nulle autre les défauts et les inconséquences que contenait la législation du mariage, sous l'empire du Droit canonique.

L'Eglise, profitant du désarroi qui régnait en Europe à l'époque qui précéda la fin de la Féodalité, s'empara de la législation et de la juridiction des causes matrimoniales, à une date qui est très discutée par les auteurs. Cependant, la thèse de ceux qui soutiennent que ce fut à partir du Xe siècle que l'Eglise commença à régir cette matière, semble être la plus plausible (1), à condition toutefois de ne pas admettre cette date d'une façon trop absolue et de ne pas l'accepter indistinctement pour tous les pays. Notamment, en Italie, on ne rencontre d'exemples d'intervention des

---

(1) Salvioli, *La giuriszione matrimoniale e la giurisdizione della Chiesa in Italia, prima del mille*, Modena, 1884, p. 141 ; Esmein, *Le Mariage en Droit canonique*, tome I, pp. 27 et 31-33; Brissaud, *Histoire du droit privé et public*, tome II, p. 1008; Le Bras, *La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille*, Dict. de théol. cath., tome IX, col. 2123 et ss.

Tribunaux laïcs dans des causes matrimoniales qu'à une date postérieure (2), et de même en Angleterre (3).

Quoi qu'il en soit, l'Eglise devait conserver intacts ses pouvoirs et son empire jusqu'au XVIe siècle. Pendant plus de cinq siècles, l'Eglise exerça donc, sans conteste, ses droits souverains en matière juridictionnelle, sur toute l'Europe Occidentale (4). Ce ne fut qu'à partir du début du XVIe siècle et jusqu'au XVIIIe, que le mariage fut régi en France par une législation mixte (5).

Par cet avènement au pouvoir en matière de mariage, l'Eglise fut nécessairement conduite à construire une législation matrimoniale systématique et complète que, jusque là, elle n'avait pas possédée en propre (6). Fait caractéristique, il s'agissait d'une constitution temporelle formée par une pensée mystique et métaphysique. A vrai dire, l'Eglise ne put organiser la nouvelle réglementation du mariage qu'en faisant de larges emprunts au droit romain, aux coutumes germaniques et au droit hébreux (7).

Les transformations qu'elle opéra dans la structure et dans la matière du mariage en général sont profondes et multiples; mais elles furent accomplies insensiblement au cours des siècles qui précédèrent sa domination temporelle et effective. Le christianisme dut, en effet, s'accommoder au début des coutumes en vigueur et, le plus souvent, il se borna à interdire à une personne le cumul du concubinage et du mariage (8). Mais le concubinage en lui-même ne semble pas avoir été, aux yeux des premiers Pères de l'Eglise, aussi répréhensible qu'il devait le devenir par la suite (9). De même que les Romains considéraient le « concubinatus » comme une union de fait inférieure en rang aux « justae nuptiae » (10), Saint Augustin demandait que la concubine délaissée s'engageât à vivre dans la continence, au cas où son conjoint la renverrait (11). C'est bien que, d'après Saint Augustin, des

(2) V. F. Brandileone, *Saggi sulla storia de la celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano, 1900, p. 562 ss.

(3) Pollock and Maitland, *The history of English law before the time of Edward*, 1 a. Cambridge, 1895, tome I, p. 106, et tome II, p. 364 ss.

(4) Esmein, *Le Mariage en Droit canonique*, tome I, p. 31.

(5) Esmein, *op. cit.*, p. 48.

(6) Esmein, *op. cit.*, p. 31.

(7) Brissaud, *Histoire du droit privé et public*, tome II, p. 1009.

(8) Can. 17 du Concile de Tollède, de l'année 400; Boccardo, *Nuova Enciclopedia italiana*, V. *Matrimonio*, p. 905.

(9) Saint-Augustin, *Confessions*, IV, 2.

(10) Pothier, *Pandectes de Justinien*, tome IX, Lib. XXV, tit. VII, p. 353 ss.

(11) *De fide et operibus*, 19; V. Paul Allard, *Les esclaves chrétiens*, p. 287, cité par Georges Sorel, *La fin du monde antique*, 2e édit., p. 230.

rapports de soumission et d'obéissance se formaient entre les concubins et que le concubinage comportait, à l'égard de la femme, le devoir de fidélité, même après la séparation. Cette conception primitive, faite de bienveillance envers les unions de fait, ne tarda pas à s'obscurcir, et les canonistes furent amenés à réglementer l'union sexuelle en décidant : qu'il n'y a de rapports licites que ceux qui ont pour but la procréation des enfants (12). Or, tous les Pères de l'Eglise, à commencer par Saint Augustin, furent toujours d'accord pour dire que ce qui distinguait le mariage du concubinage c'est que : « dans le mariage le but avoué est de propager la famille, mais que dans les liaisons voluptueuses l'enfant naît contre le vœu de ses parents... » (13).

L'institution même du mariage leur parut, dès l'origine, comme un remède contre l'incontinence (14). C'est ce qui explique pourquoi Saint Jean-Chrysostome conseille au maître qui a une esclave lascive, tantôt de l'enchaîner, tantôt de la marier (15). Mais la transformation la plus radicale que l'Eglise fit subir au mariage fut de le convertir en une institution qui devait être désormais régie par des lois ecclésiastiques et civiles. Le mariage qui, au temps des Romains, n'était même pas un acte juridique mais un simple état de fait (16), devint, sous l'empire de l'Eglise, un ensemble de préceptes, dont le moins qu'on puisse dire est qu'il manquait de cohésion et d'homogénéité. Ainsi, le mariage nous apparaît dans les œuvres de Duns Scott, au XIVe siècle, doué d'une nature multiple et aux aspects les plus bigarrés, et il présente les caractères d'un état, d'un contrat et d'un sacrement (17).

21. — C'était, à vrai dire, une innovation dans la pratique chrétienne. Mais il est possible de citer plusieurs exemples de l'époque païenne, où les conceptions théologiques et mystiques prennent le pas sur l'état de pur fait du mariage. Il en est toujours résulté

---

(12) Paul Gide, *La condition civile de la femme*, 2e édit., p. 179.

(13) Saint-Augustin, *Confessions*, IV, 2.

(14) Brissaud, *Histoire*, tome II, p. 1009; V. L. Godefroy, *Le mariage au temps des Pères*, Dict. de théol. cath., col. 2078 et ss.

(15) Puech, *Saint-Jean Chrysostome et les mœurs de son temps*, p. 99, cité par Georges Sorel, *La ruine du monde antique*, 2e édit., p. 226.

(16) Accarias, *Précis de Droit Romain*, tome I, 4e édit., 1886, p. 190 ss.; Gaston May, *Eléments de Droit Romain*, 17e édit., n° 43, p. 117; L. Desforges, *Etude historique sur la formation du mariage en Droit Romain et en Droit Français*, Thèse. Paris, 1887, pp. 54-59.

(17) Dauvillier, *Le mariage dans le droit classique de l'Eglise*, Thèse citée, p. 81.

un amas confus de préceptes interdisant le mariage entre personnes parentes ou alliées à des degrés très éloignés, ou ayant eu simplement des rapports sexuels. Le fait d'avoir participé à un même sacrifice expiatoire ou à un acte de nature mystique suffit pour qu'ils se voient interdire entre eux tout rapport charnel. Parfois, ces interdictions ont revêtu un caractère strict, dont les pratiques ne peuvent être expliquées qu'en faisant appel aux croyances et aux usages les plus grossiers de la superstition et du totémisme (18).

Dans un rapport d'idées un peu différent, mais se rattachant toujours à l'intervention étatique dans la matière du mariage, Platon disait déjà que : « ce serait une erreur de penser qu'il suffit que les lois règlent les actions des hommes, dans leurs rapports avec l'ordre public, sans descendre aux moindres nécessités, jusque dans la famille » (19). Et il ajoutait : « il faut que l'époux et l'épouse se mettent dans l'esprit qu'il dépend d'eux de donner à la République des enfants les mieux doués pour le corps et pour l'âme » (20). Par ces courtes citations, nous voyons que les esprits étaient prêts à accepter la réglementation officielle des rapports sexuels.

Il convient de souligner que les exemples que nous avons cités concernant le mariage putatif à l'époque romaine, coïncident avec la pénétration de plus en plus marquée de l'esprit de l'Eglise dans la législation de l'Empire, et notamment dans la matière des empêchements au mariage (21). La simplicité des conditions essentielles pour contracter mariage qui nous sont énumérées par Ulpien (Reg., V, § 2), lorsqu'il dit : « Justum matrimonium est si inter eos qui nuptias contrahunt connubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant si sui juris sunt aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt », ne subsista pas longtemps après la reconnaissance officielle du christianisme. Constantin devait revenir aux anciens principes, en interdisant de nouveau le mariage entre oncle et nièce, autorisé depuis Claude (22). Or, l'exemple du rescrit des Empereurs Marcus et

---

(18) V. *Leyes de Manu, Manava, Dhrame, Sastra, Instituciones religiosas y civiles de la India*, Bergua, Madrid, lib. III, p. 52 ss.; *Levit.*, chap. 18 et chap. 1 ss.

(19) Platon, *Les lois*, Trad. Cousin, Paris, 1831, lib. VI, p. 367.

(20) Platon, *op. et loc. cit.*

(21) Stolfi, *Diritto civile*, vol. V, *Diritto di Famiglia*, Torino, 1921, cap. II, sect. V, n° 260, p. 177; V. Esmein, *Le Mariage en Droit canonique*, tome I, p. 374.

(22) Gaius, 1, 62; Gaston May, *Eléments de Droit Romain*, p. 121; Girard, *Manuel élémentaire de Dr. Rom.*, 8e éd., 1929, p. 173 ss. V. Le Bras, *La doctrine du mariage*, Dict. de théol. cath., col. 2134 ss.

Lucius, que nous avons commenté précédemment, concernait précisément le cas d'un oncle et d'une nièce qui, nonobstant cet empêchement de parenté, avaient contracté mariage. C'est donc bien l'accroissement exagéré des empêchements dirimants, sous l'empire de la législation canonique, qui constitue le principal facteur expliquant la naissance de l'institution du mariage putatif (23).

22. — L'accroissement des empêchements tenant à la parenté et à l'alliance fut motivé en tout premier lieu par le fait que le mariage perdit le caractère temporaire que les Romains lui avaient donné (24). Le mariage devenant indissoluble, on vit d'anciennes causes de divorce, telle que l' « impossibilitas cœundi », devenir des causes de nullité et, par surcroît, des empêchements dirimants (25), et même l'impuissance de la femme, qui n'était pas au début considérée comme un empêchement dirimant, le devint à la suite d'une Décrétale d'Alexandre III (26). Au milieu du XIIe siècle, c'est-à-dire à une époque contemporaine de la naissance de notre institution, la théorie du divorce se trouve définitivement fixée dans les écrits de Gratien et de Pierre Lombard (27). La consécration de l'indissolubilité du mariage n'est pas seulement la modification la plus radicale que l'Eglise opéra dans la matière du mariage, mais elle eut comme conséquence directe la création d'une théorie qui permettait de combiner les effets d'une union valable, quoiqu'en réalité cette union n'eut jamais existé en droit, avec les effets d'autres unions régulières que les époux putatifs auraient pu avoir contractées avec des tierces personnes.

Ce fut au milieu du XIIe siècle que le mariage avec une infidèle devint radicalement nul (28) et que les vœux de chasteté et de continence devinrent, sous certaines conditions de publicité, des empê-

---

(23) Mankiewicz, *Die Voraussetzungen der Putativehe*, Göttingen, 1895, p. 18 ss. ; Esmein, *Le Mariage en Droit canonique*, tome II, p. 36; Morel, *Etude historique sur..*, Thèse, p. 12 ss.; Stolfi, *op. et loc. cit.*, et n° 260; Crisafulli, *Il matrimonio putativo*, p. 12 ss.

(24) V. Gaston May, *op. cit.*, p. 260 ss.; L. Godefroy, *Le mariage dans l'Ecriture*, Dict. de théol. catholique, Vacant, tome IX, col. 2059 ss. ; Durand, *DICTIONNAIRE DE DR. CAN.* V. *Emppêchement;* pour le Droit canonique classique; Dauvillier, thèse citée, p. 279-280.

(25) Esmein, *Le Mariage en Droit canonique*, tome I, p. 260 ss.

(26) Esmein, *op. cit.*, p. 276.

(27) Esmein, *op. cit.*, p. 88 et p. 107 ss; Dauvillier, thèse citée, p. 280.

(28) Esmein, *Le Mariage en Droit canonique*, tome I, p. 242 ss.

chements au mariage (29). D'une manière générale, il est exact de dire que la liste des empêchements dirimants se trouva définitivement constituée à partir du milieu du XIIIe siècle (30).

En dehors de l'augmentation des empêchements se rattachant exclusivement à la parenté et à l'alliance, le nombre des empêchements se trouva considérablement accru du fait que l'Eglise adopta deux principes provenant du système germanique. Tout d'abord la croyance, si répandue dans les usages et coutumes germaniques, que le mariage n'est parfait que par la consommation : « *Matrimonium desponsatione initiatur, commixtione perficitur* » (31). Alors seulement, dit-on, il représente l'union du Christ et de l'Eglise (32). Les canonistes ne se contentèrent pas de donner cette importance excessive à la « copula carnalis » pendant le mariage et après la célébration, mais ils allèrent jusqu'à lui attribuer la faculté de créer des empêchements d'affinités avec les parents de la personne avec laquelle on avait eu des rapports, en dehors de tout mariage (33).

D'autre part, tandis que l'Eglise Orientale dominée par le Droit romain ne poussa pas la prohibition du mariage au delà du septième degré, d'après la computation civile, l'Eglise Occidentale se mit à compter, à partir d'une date difficile à déterminer, en se servant de la computation par générations à la façon germanique (34). Il s'ensuivit que la règle primitive d'interdiction du mariage se trouva doublée.

Ajoutons que l'Eglise connut en réalité trois sortes de parenté (cognatio) : 1) la consanguinité, 2) la parenté « legalis » et 3) la parenté « spiritualis ». Ceci explique que le mariage perdit son aspect endogamique pour devenir exogamique (35).

Ce nombre impressionnant d'empêchements est expliqué par certains auteurs (36) par le sentiment de la disparition prochaine du monde qui, de temps à autre, s'est emparé de l'Eglise. Nous pen-

---

(29) Esmein, *op. cit.*, p. 300 ss.
(30) Esmein, *op. cit.*, p. 234.
(31) Brissaud, *op. cit.*, tome II, p. 1021. Cpr., Le Bras, *La doctrine du mariage.., Les théologiens*, Dict. de théol. cath., col. 2132 ss.
(32) Brissaud, *op. et loc. cit.;* Cpr. S. Jean Chrysostome, *In epist. ad Ephes. c. v. Hom.* XX, P. G., tome LXII, col. 135 ss.; Saint-Jérome, *Comment. in épist. ad Ephes.*, lib. III, c. v. P. L., tome XXVI, col. 530-537.
(33) Esmein, *Le Mariage en Droit canonique*, tome I, p. 418-420.
(34) Esmein, *Le Mariage en Droit canonique*, tome I, p. 379-390.
(35) Esmein, *op. cit.*, tome I, p. 311 ss.
(36) Georges Sorel, *La fin du monde antique*, 2e édit., p. 236.

sons cependant que si ce sentiment fataliste est nettement visible dans certains actes et dans la conduite en général des premiers chrétiens, notamment à la suite de catastrophes terrestres ou maritimes, il semble, tout au moins à l'époque dont il s'agit, avoir été étranger à la réglementation rigoureuse et méticuleuse du mariage par l'Eglise. Nous sommes plutôt tentés de penser, qu'à l'instar des autres législations théocratiques et mystiques, ce souci dont l'Eglise fit preuve à l'égard du mariage doit être expliqué moins par une idée fixe et précise que par des raisons de prosélitisme religieux (37).

23. — Quoi qu'il en soit, ce tissu épais « d'impedimenta » causa d'autant plus de préjudice à la société que celle-ci était à l'époque assez réduite et que, comme cela est naturel chez les peuples peu évolués, le mariage n'avait lieu qu'entre personnes nées dans le même village ou provenant d'une même contrée (38). L'état de guerre continuel, provoqué par les Croisades, par la guerre de Cent ans et celles qui la suivirent, contribua à jeter le plus grand trouble dans les foyers. Le mari s'absentait souvent pour remplir ses engagements militaires, ou il partait à la guerre ; bien souvent sa femme se remariait, le croyant mort sur la foi de faux certificats ou de témoignages. Il arrivait parfois que le soldat qui rentrait au foyer ne trouvait plus les lois qui étaient en vigueur lors de son départ. « Est avenu, dit Charondas, durant le désordre des troubles qui ont longuement affligé la France... que quelqu'un qui en avait été longtemps absent, étant de retour, épouse publiquement en l'Eglise Catholique sa cousine issue de germain et sans aucune opposition ni contredit » (39).

24. — Enfin, parmi les causes qui contribuèrent au développement de la théorie du mariage putatif, il faut compter la conduite relâchée et souvent peu édifiante des personnes engagées dans les vœux sacrés. Le sort de l'autre conjoint, bien souvent innocent, et des enfants issus de semblables unions fut amélioré grâce au principe de la putativité à partir d'Huguccio (40). Ces enfants,

---

(37) V. *Leyes de Manu, op. cit.*
(38) Esmein, *Le Mariage en Droit canonique*, tome I, p. 392 ss. et tome II, p. 36.
(39) Charondas, *Réponses et décisions du Droit françois*, Paris, 1637, Rép. L., p. 220.
(40) V. *suprà*, n° 16

dont la condition jusqu'alors avait été des plus méprisables, furent désormais traités comme des enfants légitimes nés d'un mariage bon et valable, pourvu bien entendu que leur parent non engagé dans les ordres eût été de bonne foi.

L'institution du mariage putatif nous apparaît comme le correctif efficace et général des erreurs que contenait la théorie canonique du mariage. Les raisons qui expliquent son apparition au XIIe siècle sont donc d'ordre social, juridique et religieux. Nous avons tracé une esquisse rapide, mais fidèle, des causes les plus saillantes qui ont permis sa naissance et son développement. Ce sont ces mêmes causes que nous rencontrerons chaque fois que l'occasion se présentera de remonter jusqu'aux origines de l'institution (41).

25. — Un fait capital mérite d'être souligné, fait qui jusqu'ici ne semble pas avoir été remarqué par les auteurs qui se sont occupés des origines et du développement de la doctrine du mariage putatif en Droit canonique : c'est que la tradition doctrinale de l'Eglise, en tant qu'elle remonte aux textes de l'Ancien Testament, semble plutôt contraire à l'idée du mariage putatif. Les exemples tirés des textes romains, où la bonne foi excusait des peines édictées contre les époux adultères (42), ne furent jamais admis par la loi juive. Il suffit de rappeler le cas d'Abraham et de Sarah pour se rendre compte de l'exactitude de ce que nous avançons (43). L'on sait, en effet, que Jéhovah dit à Abraham de quitter sa terre, sa famille et la maison de son père et qu'il lui ordonna de se rendre au lieu qu'il lui désignerait. Abraham obéit à ce commandement, après avoir été béni par Jéhovah dans sa personne et dans ses biens. « Et Abraham prit avec lui Sarah sa femme... (vers. 5) et il arriva que lorsqu'il fut sur le point d'entrer en Egypte, il dit à Sarah, sa femme (vers. 11) : voici que je me rends compte que tu es belle à regarder (*EOD.* vers.). Je crains que lorsque les Egyptiens t'auront vue ils diront : c'est sa femme, et il me tueront, tandis qu'ils te conserveront la vie (vers. 12). Mieux vaut dire que tu es ma sœur, pour qu'il ne m'arrive que du bien à cause de toi et que mon âme vive pour pouvoir t'aimer (vers. 13).

(41) V. *infrà*, n° 26.
(42) V. *suprà*, n°s 8-10.
(43) *La Santa Biblia*, antigua version de Cipriano de Valera., Madrid, 1932, Genèse, cap. XII.

Ce fut donc sous ce titre qu'elle se présenta dans la maison du Pharaon (vers. 16). Ce dernier combla Abraham d'une grande quantité de vaches, de brebis, d'âne, de cerfs domestiques et de chameaux (vers. 16). Mais malgré l'ignorance et la bonne foi si éloquemment démontrée du Pharaon, Jéhovah n'hésita pas à le châtier, en faisant descendre sur lui et sur sa maison de grands fléaux (vers. 17). Le Pharaon, après avoir reproché à Abraham de ne pas lui avoir dit la vérité sur le rapport d'époux qui l'unissait à Sarah, le laissa repartir avec Sarah, sa femme, non sans l'avoir, auparavant, comblé de présents (vers. 18, 19 et 20) ». (44).

(44) Adde, *cap.* 16 et 21.

TITRE II

Ancien Droit Français

INTRODUCTION

26. — Le nombre des empêchements qui, depuis le Concile de Trente s'éleva à quinze, ne subit aucune diminution en passant de la Législation ecclésiastique, dans les textes des Ordonnances à travers la Jurisprudence des Parlements.

Le Cardinal Ferrare fut envoyé en France par Pie IV, en 1560, pour faire recevoir et publier le Concile de Trente. L'Ordonnance de Blois de 1579, tout en réglementant la police et l'administration françaises, accepta, en ce qui concerne le mariage, les formalités prescrites par le Concile de Latran et par le Concile de Trente. Il en résulta que, depuis la promulgation de cette Ordonnance, les solennités, la bénédiction et la publication des bans, furent requises à peine de nullité du mariage (1). La Déclaration du Roi Louis XIII, donnée à Saint-Germain-en-Laye, le 26 novembre 1639, vint confirmer les formalités imposées en France, par l'Ordonnance de Blois, en prescrivant des peines qui devaient frapper les contrevenants (2). Les Pays de Droit-Ecrit adoptèrent de leur côté ces formalités qui devinrent indispensables, y compris la publication des bans, pour la validité du mariage (3).

D'autre part, l'appréhension qu'avait manifestée le Droit canonique contre le concubinage ne devait pas s'apaiser, mais au contraire elle devait aller en grandissant, et le concubinage fut considéré comme un crime parmi les plus graves. « En France, le concubinage n'est ni permis ni toléré » ; et les enfants qui en résultaient étaient évidemment considérés comme bâtards (4). A

---

(1) D'Aguesseau, *Œuvres complètes du Chancelier...*, arrêt du 23 mars 1697, aff. Charbot, 47e *plaidoirie*, tome IV, p. 229, et du 11 août 1695, Forli, *eod.* vol., 37e *plaidoirie*, Brodeau, *Recueil des plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris*, II, lettre M., somm. 6, n° 18.

(2) Brodeau, *op. cit.*, *eod.*, lettre et somm. n° 20.

(3) Arrêt du Parlement de Grenoble du 22 juin 1631 et autres, rapportés par Brodeau, *op. cit.*, *eod.*, lettre et somm. nos 81 ss.

(4) Furgole, *Traité des Testaments*, tome I, liv. IV, Chap. VI, sect. II, n° 94, p. 417

l'égard des enfants qui étaient appelés « spuri » ou « vulgo concepti », ils étaient incapables de toutes sortes de libéralités en propriété de la part de leurs parents (5). L'Ordonnance du 26 novembre 1639 confirma les dispositions précédentes en excluant les enfants nés des mariages contractés en dépit des dispositions de l'Ordonnance de Blois de la succession de leurs père, mère et aïeuls et de toute autre succession en ligne directe ou collatérale. La même Ordonnance vint les priver des droits et avantages qui pourraient leur être acquis par contrat de mariage et par testament. A défaut de titulaire habile, ces biens devaient aller au fisc (6).

Cette incapacité de succéder s'étendait à toute sorte de succession « ab intestat », et contrairement au Droit Romain qui admettait le droit successoral des enfants naturels à l'égard de la mère, les Ordonnances privèrent ces enfants de tout rapport patrimonial avec leurs deux parents. Domat, tout en reconnaissant que certaines coutumes décident le contraire (sans préciser lesquelles) pensait que la généralisation de cette exclusion est « plus conforme aux usages, à l'honnêteté et aux bonnes mœurs » (7).

D'autre part, si le bâtard était né d'une femme serve, il ne pouvait point tester (8) et ses biens allaient, de même que s'il n'avait pas d'enfants légitimes, au roi, aux seigneurs et hauts justiciers. Bien souvent ces biens étaient recueillis par les propriétaires de la terre où ils étaient nés, domiciliés ou décédés.

Quant à la légitimité, l'Ancien Droit considérait qu'elle ne pouvait dériver que du mariage ; aussi les qualités de mari et femme étaient jugées indispensables pour attribuer à l'enfant la qualité de légitime. Deux exceptions néanmoins étaient admises à cette règle rigide : *a*) la légitimation et *b*) le mariage putatif (9). C'est cette dernière exception qui fera l'objet de notre étude.

---

(5) Furgole, *op. cit.*, n° 97, p. 419.
(6) Loysel, *Institutes coutumières*, édit. Dupin, Lib. I, tit. I, XLV ; et Furgole, *op. cit.*, n° 157, p. 436.
(7) Domat, *Lois Civiles*, II, tit. I, sect. II, VIII, p. 353.
(8) Loysel, *op. cit.*, XLVII ss.
(9) Merlin, *Répert.*; V. *Légitimité*, sect. I, § 1, 1.

CHAPITRE PREMIER

Influence exercée par les praticiens de l'Ancien Droit sur la théorie du mariage putatif

27. — Les causes sociales et juridiques, qui avaient suscité l'apparition de la théorie du mariage putatif dans le Droit canonique, n'ayant nullement cessé par la parution des Ordonnances Royales, et ayant été, au contraire, sanctionnées et renforcées, cette théorie conserva toutes raisons de se perpétuer dans le Droit coutumier. Elle y trouva un cadre sensiblement semblable à celui qui lui avait été offert par les lois ecclésiastiques. C'est ce qui fut, d'ailleurs, maintes fois observé par les Tribunaux dans leurs sentences et par les praticiens plaidant auprès des Parlements. L'Ancien Droit français trouva dans l'application de cette théorie un expédient commode pour atténuer la rigueur du principe de la nullité du mariage et des effets de cette nullité toujours cruels pour leurs enfants, victimes innocentes de la faute commise par les parents. Jamais, à notre connaissance, les Tribunaux ne se refusèrent à appliquer le principe du mariage putatif, dès lors que les conditions requises par les Décrétales se trouvaient réunies. Et, pourtant, on reproche souvent à l'Ancien Droit français de n'avoir fixé législativement ni le principe déclarant l'admission officielle du mariage putatif, ni ses modalités d'application (10). Les Ordonnances jugèrent sans doute inutile de confirmer par une déclaration solennelle un principe qui se trouvait admis implicitement, notamment dans l'Ordonnance de Blois, par l'acceptation des normes qui régissaient le mariage en Droit canonique. En particulier, la liste des empêchements dirimants avait été reprise par le Droit coutumier, sans aucun retranchement. Or, le mariage putatif fut, dès son origine, le correctif puissant qui permit d'amoindrir les conséquences fâcheuses où menait la sentence d'annulation en cas de mariage contracté en dépit de ces sortes « d'impedimenta ». Les anciens Tribunaux laïcs qui, comme jadis les Tribunaux ecclésiastiques,

(10) V. pour le Droit Castillan, *Las siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio*, (Real Acad. de la Hist.), Madrid, 1808, *Ley* I, *tit.* XIII, *Part.* IV ; pour l'Ancien Droit Germanique : Le « *Sachsenspiegel* », XIII, liv. III, art. 27 ; le « *Schwabenspiegel* », art. 241 et *Les Statuts d'Hambourg*, art. 32.

continuèrent à déroger aux effets de la nullité du mariage, en utilisant la formule canonique du mariage putatif, se seraient vu interdire cette pratique, si la Royauté avait estimé qu'elle allait à l'encontre de l'esprit des Ordonnances.

Cependant, si ce silence législatif est ainsi justifié à nos yeux, nous ne convenons pas mois qu'il constitue une sérieuse lacune qui nous gêna beaucoup dans nos développements ultérieurs. Il n'est pas exagéré d'ajouter que cette lacune est insuffisamment comblée par l'opinion des auteurs, dont les citations sont souvent fragmentaires et renvoient continuellement aux sources ecclésiastiques.

Nous ne voulons pas avancer par là que les auteurs de l'Ancien Droit français ne surent marquer leur empreinte sur la théorie du mariage putatif. C'est précisément là un point, nous tenons à le faire remarquer, sur lequel nous différons d'avis avec certains auteurs, qui se sont contentés, purement et simplement, d'étudier la théorie du mariage putatif, dans l'Ancien Droit français, en reproduisant les termes du principe, tel qu'il avait été légué par le Droit canonique (11). Nous n'admettons pas cette transposition mathématique, puisque l'étude des anciens auteurs, et l'analyse des anciennes pratiques jurisprudentielles, dont nous parlerons ci-dessous, nous permettent, pensons-nous, d'émettre une opinion plus nuancée.

28. — En passant chez les auteurs de l'Ancien Droit français, la théorie de la putativité avait acquis, nous semble-t-il, un caractère éminemment juridique, qui contrastait fort avec l'aspect métaphysique qu'elle avait revêtu en Droit canonique.

Une triple distinction concernant l'influence de l'Ancien Droit français sur la matière du mariage putatif peut être faite pendant cette période. Le première se réfère aux conditions auxquelles était soumis le bénéfice de cette faveur canonique. Pour tout ce qui concerne cette première partie, les auteurs se contentèrent de reproduire exactement les conditions établies par les Docteurs et Pères de l'Eglise. Leur seul mérite sur ce point est peut-être d'avoir consolidé définitivement les conditions léguées par les Canons, conditions qui avaient pu paraître à cette époque un peu flottantes et incertaines. La deuxième distinction touche au fondement moral et éthique de notre institution. Sans

(11) V. Morel, *Etude historique sur le Mariage putatif*, Thèse, p. 85 ss.

doute, les canonistes ne manquèrent pas de préciser, à la suite des Décrétales, que l'exception aux effets de la nullité du mariage, reposait sur des raisons se rattachant à l'équité. Mais aussi paradoxal que cela puisse sembler, nous n'avons jamais rencontré, en Droit canonique, d'insistances aussi véhémentes et persuasives que celles des anciens praticiens plaidant auprès des Cours Royales, pour asseoir le principe sur l'équité et la justice. C'est l'équité, disent-ils, qui exige que soit effacée sur le front des enfants putatifs, la tâche infâmante de la bâtardise. Mais ils firent beaucoup plus, dans la voie de la consolidation des fondements du principe, et il nous est aisé d'en juger, grâce à un passage d'une plaidoirie célèbre de d'Aguesseau, qui a influencé d'une façon plus ou moins heureuse la théorie du mariage putatif. Dans sa plaidoirie, d'Aguesseau revient constamment à l'idée *d'intérêt social*, fondement de l'institution. « Le nom (du mariage est) si puissant que son nombre même suffit pour purifier en faveur des enfants le principe de leur naissance. L'Eglise et l'Etat tiennent compte à ceux qui contractent un mariage, de l'intention qu'ils avaient de donner des enfants légitimes à la République ; ils ont formé un engagement public et solennel, ils ont suivi l'ordre prescrit par la loi, pour laisser une postérité légitime. Un empêchement secret, un événement imprévu trompe leur prévoyance, on ne laisse pas de récompenser en eux leur vœu, l'apparence, le nom du mariage, et l'on regarde moins ce que les enfants sont, que ce que les pères avaient voulu qu'ils fussent » (12).

C'est à cette source que les rédacteurs du Code Civil allaient plus tard puiser, avec une étonnante clarté, l'idée d'intérêt social et d'utilité publique, qui justifie à l'époque moderne le maintien de l'institution du mariage putatif (13).

Enfin, il existe une troisième influence émanant des anciennes auteurs, sur la matière du mariage putatif, diamétralement opposée à la première. C'est à propos des effets découlant du principe de la putativité, que les anciens auteurs, sous l'inspiration des praticiens, firent une déplorable confusion dont l'influence néfaste se fait encore sentir de nos jours. S'appuyant sur des sources cano-

(12) *Œuvres complètes du Chancellier D'Aguesseau*, 47e plaidoirie, tome IV, p. 409 ss.

(13) V. *Discours préliminaire du Code civil, signé Portalis, Tronchet, Bigot...*, p. XII et XIII.

niques le plus souvent douteuses, ils eurent l'idée de restreindre sur un point capital, tel que la légitimation par mariage subséquent, la portée des effets que les docteurs de l'Eglise et les théologiens les plus autorisés avaient assignés à notre institution. Ils soutinrent, en effet, que le mariage contracté de bonne foi et accompli suivant les formalités requises ne saurait, s'il avait été célébré en dépit d'un empêchement dirimant, avoir pour effet la légitimation des enfants nés ou simplement conçus avant la célébration. Ainsi, ils amputèrent le principe d'un de ses effets les plus caractéristiques et dont le maintien est du plus grand intérêt pour la société.

C'est grâce à cette triple distinction que nous éviterons des incertitudes et des flottements dans l'analyse des œuvres des anciens auteurs, dont les opinions sur la théorie du mariage putatif sont parfois contradictoires et incohérentes. Mais nous ne pouvons pas entreprendre l'étude des sources sans commencer par expliquer le mécanisme grâce auquel le mariage putatif est rentré dans les mœurs juridiques de l'ancienne société.

CHAPITRE II

Acceptation du principe

28 *bis*. — Comme nous l'avons laissé entendre dans le chapitre précédent, ce fut la jurisprudence élaborée par les Parlements qui servit de trait d'union entre la théorie composée par les Canonistes et celle qui fut adoptée par la doctrine de l'Ancien Droit. C'est ce qui nous est expliqué par d'Aguesseau qui, plaidant devant le Parlement de Paris, déclare : « La maxime du mariage putatif, introduite par le Droit canonique (*cap.* [*ex tenore*] *X, Qui filii sunt legitimi*), quoique autorisée par plusieurs textes de ce Droit, fait néanmoins à peine partie de notre Droit Civil, mais nous l'avons adoptée dans nos mœurs et vos arrêts l'ont suivie » (1).

La théorie passa des lois ecclésiastiques dans l'Ancien Droit,

(1) *Œuvres complètes du Chancellier d'Aguesseau, loc. cit.* Par une ironie du sort, ce défenseur du mariage putatif devait s'efforcer d'écarter, dans l'espèce, l'application du mariage putatif ; résultat qu'il obtint grâce à son éloquence.

sans heurts ni oppositions d'aucune sorte. Insensiblement, elle fut assimilée par la jurisprudence des Parlements et par les auteurs. Elle régit les mœurs et la vie juridique des gens, au milieu de l'approbation unanime des magistrats et des justiciables, qui ne manquèrent jamais de s'en prévaloir. Elle fut toujours considérée comme un principe traditionnel, hérité des Canonistes, dont la principale justification résidait dans une longue et constante tradition jurisprudentielle. Elle était entrée à tel point dans la pratique de la jurisprudence, qu'un auteur du XVIIIe siècle pouvait, y faisant allusion, s'exprimer ainsi : « cette proposition n'a pas besoin de preuve » (2).

Cependant, des auteurs non moins célèbres ne se contentèrent pas de reconnaître l'existence du principe, mais voulurent aller plus loin, en trouvant à ce principe une assise extra-juridique si l'on veut, mais solide et efficace, pour justifier son maintien dans la pratique des Tribunaux. Ils reconnurent sans peine que si la condition d'époux et d'enfants légitimes ne puise sa raison d'être que dans un mariage véritable, l'équité, néanmoins, commande une autre attitude empreinte de faveur vis-à-vis des enfants nés d'un mariage nul, mais contracté de bonne foi par les parents (3). Et c'est précisément à cet égard que leurs conceptions se distinguent nettement de celles des Décrétales. Ces enfants nés d'une union entachée d'un vice provenant d'un empêchement occulte doivent jouir des mêmes privilèges et faveurs que les enfants nés d'un mariage véritable parce que, disent-ils, « ils sont nés sous le voile, sous l'ombre, sous l'apparence du mariage (4).

Nous pouvons mesurer le chemin parcouru. Dans le chapitre précédent, l'on a fait allusion à l'équité, qui commandait une autre attitude envers les enfants putatifs : il s'agissait là d'un principe moral qui justifie le maintien de l'institution (5). Ici, par contre, une fois supposée la nécessité du principe, il est question de savoir sur quel fondement il reposera en droit. L'équité est toujours invoquée, mais elle ne sert que de premier échelon. Le vrai fondement de l'institution est celui que nous indique d'Aguesseau : le mariage putatif produit des effets parce qu'il est un

---

(2) Raviot-Perrier, *Arrests notables du Parlement de Dijon*, tome I, *observ.* 41.
(3) Merlin, Repert, v. *Légitimité*, sect. 1; Cpr. 1, 6 D., *de his qui sui vel alieni juris sunt.*
(4) D'Aguesseau, *Œuvres complètes, loc. cit.*
(5) V.*suprà*, n° 28.

« matrimonium coloratum ». A ce titre, il mérite autant d'égards qu'un mariage valable.

Sans doute, nous ne dissimulons pas tout le danger qu'il y aurait à vouloir découvrir chez cet auteur, dont l'œuvre fut écrite à la fin du XVIIe siècle (6), la théorie que nous exposerons au cours de notre travail (7) et qui, pensons-nous, se suffit à elle-même, sans qu'on ait besoin de faire intervenir la condition de la bonne foi, pour expliquer les effets du mariage putatif. Il est évident que d'Aguesseau, en exposant ce qui à ses yeux constituait le fondement juridique de l'institution, n'a nullement entendu faire fi des autres éléments auxquels était subordonnée l'application du principe. Mais il n'en reste pas moins que le consentement des époux, indépendamment de toute formalité extrinsèque, est nettement mis en valeur par l'auteur et son observation est déjà d'un mérite incontestable.

La plupart des décisions jurisprudentielles, auxquelles nous aurons l'occasion de faire allusion, ont été rendues par les Cours des Parlement pendant les XVIe et XVIIe siècles. Parfois, mais plus exceptionnellement, elles remontent jusqu'aux XIIIe, XIVe et XVe, les sentences antérieures se rattachant plus particulièrement à la juridiction ecclésiastiques (8).

Section I

CONDITION DE LA CELEBRATION SOLENNELLE ET PUBLIQUE

29. — Ce fut la condition de la célébration « *in facie Ecclesiae* », la dernière en date, que les canonistes incorporèrent parmi les éléments substantiels du mariage putatif, mais ce fut précisément cette condition qui devait disparaître la première, dès le lendemain du Code Civil de 1804. C'est pour cette raison que nous l'étudierons en premier lieu, parmi les conditions exigées par l'Ancien Droit français, avant la condition de la bonne foi et de la juste cause d'erreur. Il est indispensable, cependant, avant toute incur-

(6) *Œuvres complètes*, 47e plaidoirie, aff. Fiorelli, 4 juin 1697, tome IV, p. 409.
(7) V. *infrà*, n°s 113 ss.
(8) V. *suprà*, n° 19. Cpr. Merlin, *Répert.*, v. *Légitimité*, sect. I, § 1, III, b. 1°.

sion dans la législation séculière, de connaître sur ce point l'état de la doctrine dans le Droit Ecclésiastique (9).

30. — C'est cette condition de la célébration « in facie Ecclesiae » qui révèle le mieux le caractère religieux de l'institution du mariage putatif. A vrai dire, l'Eglise ne semble avoir exigé la célébration solennelle et publique dans notre matière qu'à contre-cœur et contrainte par la lutte qu'elle menait contre les mariages clandestins. En effet, ce fut dans ce même but que le chap. 51 du 4e Concile de Latran, qui eut lieu en 1215, sous le pontificat d'Innocent III, imposa l'obligation des publications préalables, pour réprimer les graves abus auxquels avait donné lieu la clandestinité des mariages. Mais ce ne fut que plus tard, dans une Décrétale de Grégoire IX, que les bans devinrent une condition indispensable pour bénéficier du mariage putatif. « Si quis vero huiusmodi clandestina et interdicta coniugia inire praesumpserit in gradu prohibito etiam ignoranter, soboles de tali coniunctione suscepta prorsus illegitima censeatur, de parentum ignorantia nullum habitura subsidium, quum illi taliter contrahendo non expertes scientiae, vel saltem affectatores ignoranties videantur. Pari modo proles illegitima censeatur, si ambo parentes, impedimentum scientes legitimum, praeter omne interdictum, etiam in conspectu ecclesiae contrahere praesumpserint » (10). Ainsi, à l'origine, il s'agissait exclusivement des enfants et ceux-ci devaient être réputés illégitimes, s'il n'y avait pas eu de raison suffisamment impérieuse d'omettre les publications.

31. — Selon Sanchez, le mariage célébré « coram parocho » et

---

(9) Au cours de notre travail, chaque fois que nous le croirons nécessaire, nous rappellerons les données du Droit canonique. Il est inutile d'insister sur l'importance de ces références au Droit écclésiastique, sans lesquelles la théorie du mariage putatif resterait bien souvent incompréhensible.

(10) C. 3, *Quum inhibitio*, § 1, X, IV, 3, *De cland. desp.* V. aussi, c. II, x, X, *Qui filii*, IV, 17. Pour l'interprétation canoniste de ces Décrétales, consulter : Engel, *Collegium universi juris canonici*, Venetiis, 1733, lib. IV, tit. XVII, nº 4 ; Pirhing, *Jus Canonicum*, Venetiis, 1759, lib. IV, tit. XVII, § 2, nº 5, p. 88 ; Johanes Andrea, *In quartum Decret. Lib. Novella Commentaria*, Venetiis, 1581, *Comment.* sur c. 14, *Ex tenore*, X, 17, *Qui filii sunt legitimi*, IV, col. 60, verso nº 5 ; Abbatis Panormitani, *Comment. in quartum et quintum. Libr. Decret.*, Venetiis, 1582, sur c. 3, *Quum inhibitio. De cland. despons.*, nº 8, col. 20 ; Sanchez, *De Sancto matrimonio*, lib. VII, disp. XLII, nº 2 ; Henrici de Segusio, *Aurea Summa*, Venetiis, 1581, lib. III, *De cland. desp.* col. 226, verso, nº 8. Crisafulli, *Il matrimonio putativo*, nº 14, p. 23-24 ; Pio Fedele, *L'essenza della buona fede*, p. 63 ss ; Esmein, *Le Mariage en Droit canonique*, tome I, p. 209 ss ; Morel, *Etude historique sur le Mariage putatif*, Thèse, p. 72 ss.

« testibus », mais sans les « denunciationes », doit de même être considéré comme clandestin et, par conséquent, « quoad poenas incurrendas » (11). D'autres auteurs ont émis à ce sujet des hypothèses bien plus nuancées et reconnaissent dans le texte cité deux idées différentes. La prescription pénale d'une part et l'idée de présomption pénale d'autre part. « Praesumere dicitur qui ex certa scientae venit contra canones », s'exclamait Hostiensis (12).

C'est de là que devait naître la théorie si répandue parmi les canonistes, et que nous retrouvons chez les auteurs de l'Ancien Droit français, d'après laquelle les publications ne devaient pas être requises pour elles-mêmes, mais parce que leur absence créait irrémédiablement une présomption de connaissance de l'empêchement au mariage, c'est-à-dire de mauvaise foi.

Cette interprétation traditionnelle vient d'ailleurs d'être réfutée par des canonistes contemporains, qui pensent, au contraire, que l'exigence des publications ne doit pas être confondue, en matière de mariage putatif, avec les autres conditions, en particulier, avec la condition de bonne foi requise chez des époux. Suivant cette nouvelle doctrine interprétative, entre les « denunciationes » et la « bona fides », aucun rapport intrinsèque ne peut être établi, ce qui équivaut à rejeter l'idée de présomption de mauvaise foi que nous venons d'esquisser.

Quelles sont les conséquences immédiates de ce système d'interprétation qui ouvre une énorme brèche dans la conception ancienne ? Le manque de publications, selon cette théorie, empêchait les effets du mariage putatif, mais cette restriction doit être attribuée au fait que l'une des conditions faisait défaut, sans que cela implique la mauvaise foi matrimoniale. En réalité, nous n'aurons pas de peine à démontrer que la première doctrine est celle qui semble la plus conforme aux conceptions de l'Ancien Droit français, tout en admettant, cependant, que la nouvelle interprétation rencontre des appuis puissants et conformes dans les textes du Droit canonique (14).

---

(11) *De Sancto matrim. sacr.*, lib. III, disp. n° 7. Cep. voir les auteurs en sens contraire cités par lui-même.

(12) Henrici de Segusio, *Aurea Summa*, De Clandest. despons., col. 226, verso, n° 8 ; Cfr. Schmalzgrueber, *Jus ecclesiasticum universum*, lib. IV, pars. IV, tit. XVII, § 1, n°s 23 ss., p. 231 ss. et références ; Pirhing, *Jus canonicum*, lib. IV, tit. XVII, § 2, n° 6, p. 88 ; Antonni A. Butrio, *In librum quartum Decretalium*, *Comment.* sur c. 3, *Quum inhibitio*, De cland. despons., col. 20, recto, n° 10.

(13) Pio Fedele, *L'essenza della buona fede*, n°s 32 ss., p. 73 ss.

(14) Pio Fedele, *op. et loc. cit.*

32. — Les auteurs de l'Ancien Droit français sont unanimes pour exiger en vue du mariage putatif, la condition de la célébration solennelle et publique. Ils nous indiquent clairement que la bonne foi, à elle seule, est insuffisante pour mériter la faveur de la putativité. L'ignorance des parents, qui ont passé outre à l'empêchement qui faisait obstacle à leur union, est digne d'estime, nous dit Papon, pourvu que le mariage ait été réellement célébré et qu'il ne soit pas clandestin (15). Les auteurs déclarent formellement qu'il faut, pour que les époux puissent se prévaloir de leur bonne foi, dans le mariage déclaré nul, que l'acte accompli s'étale au grand jour, « l'innocence ne cherchant jamais les ténèbres » (16).

Les arrêts, par contre, ne sont pas aussi unanimes pour exiger cette condition, mais il faut reconnaître que l'immense majorité des décisions de l'Ancien Droit supposent invariablement une célébration « in facie Ecclesiae », conformément aux prescriptions édictées par le Concile de Trente. D'après un arrêt qui nous a été transmis par Bardet (17), un religieux profès se vit refuser, à raison du manque de célébration, les effets du mariage putatif, quoique la bonne foi de sa femme ne faisait pas de doute. Un autre arrêt, rapporté par Dulauri et cité par Merlin (18), fut rendu par le Grand Conseil de Malines, le 28 février 1711. D'après cet arrêt, la bonne foi de l'un des parents ne suffit pas, il faut encore que le mariage ait été célébré « in facie Ecclesiae ».

Plus tard devait se présenter au Conseil Supérieur de Brabant une occasion éclatante d'affirmer à nouveau l'exigence de cette condition. Il s'agissait du mariage entre le prince Albert-Octave, général des armées du Roi d'Espagne et la demoiselle Alexandrine de Bacq (19). De ce mariage était née une fille appelée Albertine et le problème était de savoir si, en supposant nul le mariage de ses parents, cette dernière devait être tenue pour légitime. Des difficultés surgirent lorsqu'il s'agit d'exhiber un acte de mariage en due forme, ce qui se révéla impossible étant donné les circonstances

(15) Papon Jean, *Instrument du premier Notaire*, tome I, liv. IV, p. 318 ; Ferrières, *Introduction au Droit ecclésiastique et canonique*, p.[s] 348-349 ; Furgole, *Traité des Testaments*, tome IV, chap. IV, sect. II, n° 184, p. 466 ; Pothier, *Tr. des Succes.*, chap. I, sect. II, § 4.

(16) Merlin, *Répert.*, v. *Légitimité*, sect. I, n° 7.

(17) *Recueil d'Arrêts du Parlement de Paris*, 16 fév. 1632, tome II, liv. I, chap. V, p. 9 ss.

(18) *Repert.* v. *loc. cit.*

(19) Merlin, *op. et loc. cit.*

particulièrement défectueuse de la célébration du mariage des parents. Le mariage avait eu lieu dans l'oratoire privé du prince ; les seuls témoins furent son propre valet de chambre, son chirurgien et la mère de la future. Enfin, le « parochus » n'avait aucune compétence puisqu'il était le chapelain ordinaire de l'armée. De plus, cette cérémonie viciée à tant d'égards, fut tenue secrète par la dame Alexandrine pendant de longues années, sur les instances réitérées du Prince. Les preuves offertes par les intéressés étaient faibles et leurs chances de réussite bien minces (20). Tout d'abord, ils invoquaient une promesse de mariage qui n'avait même pas les caractères d'une constitution de dot. En outre, ils se prévalaient de faits postérieurs à la prétendue célébration, parmi lesquels trois lettres écrites de la main du prince et adressées à sa femme. On y lisait notamment les expressions suivantes : « A Madame la princesse de Tilly (nom du prince), « Ma chère femme », « soyez-moi fidèle et vous rencontrerez un mari qui ne saura que vous chérir » ; et d'autres expressions du même genre, telles que : « Ma chère épouse, ne doutez pas ô mon aimée femme ». Le contenu de ces lettres ne fut révélé que lorsque la femme, lasse d'attendre, fit une requête au Vicaire de Pampelune, aux fins de faire déclarer son mariage légalement contracté, ou de contraindre le prince à procéder à une nouvelle célébration. Le prince Albert-Octave choisit la première de ces solutions, sur les admonestations faites par le Nonce en 1709, et se prêta volontiers à servir une pension alimentaire à sa fille. Il ne tarda pas, cependant, à s'en repentir, lorsqu'il voulu convoler avec une autre personne. De son côté, la dame Alexandrine, quoique retirée dans un couvent avec sa fille, depuis plusieurs années, s'éleva énergiquement contre les projets de son mari, qui portaient, disaient-elle, atteinte à son honneur d'épouse légitime. Afin d'empêcher que la deuxième union envisagée par son mari ne se réalisât, elle n'hésita pas à s'adresser au Pape, au Roi, aux Cardinaux et la chrétienté tout entière. Malgré ses protestations véhémentes, le Pape et le Roi accordèrent au Prince la dispense nécessaire pour se remarier, mais le sort voulut que cette deuxième union ne durât pas longtemps. Ce fut précisément à ce moment que des péripéties sans nombre vinrent compliquer l'affaire sur lesquelles nous nous abstiendrons de tout commentaire,

(20) Pour la preuve de la célébration du mariage dans l'Ancien Droit, Merlin, *Répert.*, v. *Légitimité*, sect. I, § 2, I et II.

pour ne retenir que la question capitale qui nous occupe : celle du manque de célébration. L'enfant se vit privée de la qualité de légitime en raison de ce qu'un tel mariage devait être considéré comme clandestin, pour avoir été célébré sans les publications préalables, hors de la paroisse, sans dispense, bref, sans les solennités requises. Un tel mariage ne pouvait donc produire aucun effet civil, et l'absence de bonne foi de la part des époux était évidente.

33. — Exceptionnellement, il se trouve des décisions qui accordent le bénéfice du mariage putatif, quoique les prétendus époux n'aient pu exhiber la moindre preuve de célébration, ne fut-ce qu'apparente, de leur mariage. Sur ce point, un arrêt du Parlement de Toulouse, rendu dans la célèbre affaire de Martin Guerre, le 12 septembre 1560, ouvre une brèche importante dans les conceptions dominantes, qui de nos jours encore, ne saurait être dépassé (21). Il s'agissait d'un certain Arnaud Tilh qui, profitant de sa ressemblance extraordinaire avec un individu appelé Martin Guerre, qui se trouvait aux armées (in militiam proficistur), se présenta à la femme de ce dernier. Celle-ci ne découvrit pas la supercherie, malgré de longues années de cohabitation. La manœuvre ne fut découverte qu'au retour du mari frustré. A cette occasion, le Parlement de Toulouse n'hésita pas à considérer comme légitimes les enfants qui étaient nés de ces rapports adultériens, en dépit du manque de célébration. La bonne foi de la femme suffit ici, pour effacer le vice d'adultérinité dont était entaché la naissance des enfants. Ce qui fait l'originalité de cette espèce, c'est que la simple cohabitation fut assimilée à la célébration du mariage. Nous avouons, sans peine, qu'il est le seul exemple que nous ayons rencontré, en dépouillant la Jurisprudence de l'Ancien Droit français (22).

34. — Abstraction faite de cette exception isolée à l'opinion dominante qui réclamait la célébration solennelle et publique, il ne faut

(21) Hertius, *De matrimonio putativo*, cap. X. Gaudemet, *Du Mariage putatif et de ses effets*, Thèse, p. 52 et 53.

(22) Hertius, *op. et loc. cit.*, nous rapporte les termes dans lesquels un certain *Gasparre Barleo*, poète contemporain de ces événements, simulait le courroux du mari trompé, qui se refusait à croire à la bonne foi de sa femme. Dans des termes dithyrambiques, le mari s'adressait à sa femme, en se qualifiant de nouvel Ulysse errant pour qui Pénélope n'avait pas su garder un souvenir fidèle, pendant les longues années que dura son absence. V. Lomonaco, *Istituzioni di Diritto Civile italiano*, tome I, p. 402-403.

pas exagérer la portée de cette condition. Vouloir d'une manière trop rigide, faire de l'accomplissement de toutes les formalités exigées par le Concile de Trente pour la célébration du mariage, une condition uniforme et générale dans la matière du mariage putatif est, à notre avis, contestable. Sans doute, les anciens auteurs ne semblent éprouver aucune hésitation quant à la présence et au nombre des témoins, ni quant au ministère du « proprius parochus » ; ces deux éléments de la célébration leur semblent toujours indispensables pour l'octroi du bénéfice des effets civils à la bonne foi des époux. Ils pensent que si la loi admet qu'un mariage vicié peut bénéficier, quant à ses effets, d'une mesure de faveur, dès lors qu'il est publiquement célébré, il ne faut pas que les conjoints commencent par commettre une faute lourde, en célébrant leur mariage devant une personne incompétente ou sans avoir fait précéder leurs noces de bans préalables. Une pareille attitude était suspecte aux yeux des anciens auteurs et cette négligence impardonnable faisait naître, dans l'esprit des juges, la présomption de mauvaise foi, confinant au dol (23). Les époux qui ont débuté dans leur vie conjugale en négligeant les moyens sages et appropriés que la loi met à leur portée, pour éviter précisément qu'ils tombent dans l'erreur, auront tort de venir se prévaloir de leur erreur auprès des magistrats. Leur erreur est donc inexcusable.

Dans le même ordre d'idées, les anciens auteurs pensaient que le défaut de publications n'avait d'autre raison d'être que celle de permettre de violer impunément la loi. Ils assimilaient cette situation à celle de la personne qui, ayant passé outre à un empêchement, fait célébrer son mariage la nuit ou d'une façon clandestine. Dans cette hypothèse, la présomption de dol est manifeste et toute excuse est impuissante à effacer le vice dont le mariage est entaché. Mais, à l'inverse, suivant les anciens auteurs, ceux qui se sont trompé sur l'existence d'un empêchement, après avoir fait célébrer publiquement leur mariage, se trouvent bénéficier d'une présomption de bonne foi (24). Aucun dol ni aucune mauvaise foi ne pourra, par conséquent, leur être imputé.

35. — Si l'on examine de plus près la cérémonie elle-même, on peut se poser la question de savoir quel rôle jouait, en matière de

(23) Papon, *Instrument du premier Notaire*, loc. cit
(24) Papon, *op. cit.*, et *loc. cit.*

mariage putatif, la bénédiction nuptiale. Un mariage, où les paroles sacramentelles et les signes extérieurs avaient fait défaut, était-il, tout d'abord, valable ? S'il ne l'était pas, pouvait-il, du moins, être considéré comme un mariage putatif ?

Il nous est aisé de répondre à la première de ces questions, grâce à un arrêt rendu par le Parlement de Paris, en date du 11 août 1673 (25). Il s'agissait du mariage d'Edmée Paris, qui avait été entouré de toutes les formalités ; notamment, les conjoints l'avaient fait précéder des publications préalables et ils s'apprêtaient déjà à échanger leurs consentements, d'une façon solennelle, en présence du curé. Mais celui-ci s'était refusé à leur accorder sa bénédiction, sous prétexte que les parents des époux, encore mineurs, s'opposaient à la célébration d'une semblable union. L'intérêt de l'espèce résidait en ce qu'il y avait un enfant, né auparavant, qui aurait du être légitimé par le mariage subséquent de ses parents, et deux autres enfants nés après la célébration. Deux thèses opposées s'affrontèrent. La première soutenait que ce mariage était nul, comme contracté en dépit d'un empêchement insurmontable : le refus des parents au mariage. Au surplus, poursuivaient les défenseurs de cette première thèse, il n'est pas suffisant que les parties consentent à s'unir, il faut que la puissance divine, dont est doué le prêtre, les unissent devant l'Eglise et devant les hommes. C'est lui, au fond, argumentaient-ils, qui est le vrai ministre du sacrement du mariage. Sa bénédiction est d'autant plus nécessaire que le Concile de Trente ne sépare nullement la cérémonie de la bénédiction nuptiale. La thèse contraire, qui soutenait la validité de ce mariage, invoquait des arguments qui, encore aujourd'hui, nous ne saurons assez le répéter, vont au fond de la question, tant ils épuisent les principes les meilleurs tirés de l'essence même du droit. Non sans finesse, ses partisans firent remarquer que les unions clandestines avaient été jugées bonnes et valables, pendant quinze siècles environ. En ce qui concerne les lois séculières, ils faisaient observer que l'Ordonnance de Blois, qui eut à s'occuper de cette matière, aux fins de faire passer les lois ecclésiastiques dans les lois laïques, ne semble pas avoir fait de la bénédiction un élément nécessaire et indispensable de la célébration du mariage (26). Les parties qui soutinrent cette deuxième théorie allèrent encore plus

(25) *Journal des Audiences*, tome II, liv. XII, chap XVIII.
(26) V. *suprà*, n° 26.

loin et défendirent l'idée que le mariage, où les parties jouaient le rôle de ministres et le curé celui d'un témoin qualifié, devait être soigneusement distingué des autres sacrements, où l'influence du prêtre était indiscutablement plus grande (27).

Passant à l'examen des théories exposées, la Cour fit remarquer, se fondant sur les décisions du Concile de Trente, que si la présence du « parochus » était bien exigée comme une condition dont l'absence devait entraîner la nullité du mariage (28), il n'en était pas de même de la bénédiction ni des paroles sacramentelles, qui semblaient être prescrites comme un devoir plutot moral, dont l'omission ne saurait en aucun cas entraîner la nullité du mariage (29). C'est ce qui explique, ajoute la Cour, qu'à la suite de Saint Thomas-d'Aquin les casuistes se sont toujours refusés à considérer un tel mariage comme entaché de nullité. La Cour ne crut pas prudent de prendre un parti différent; aussi elle décida qu' « il n'y a point de Loi qui déclare un mariage nul, fait sans Bénédiction Nuptiale et sans publications des Bancs; mais hors la présence du Curé et des témoins, ce qui fait le témoignage est le consentement des parties ». La Cour ajoutait que la bénédiction « ne confère point la grâce du Sacrement, et les théologiens disent seulement qu'elle l'augmente ».

De la sorte, le Parlement de Paris décida que le mariage d'Edmée Paris avait été valablement contracté et que les effets normaux devaient se produire, sans besoin de faire intervenir l'institution subsidiaire du mariage putatif.

36. — Est-ce à dire que le mariage putatif n'eut jamais aucun rôle à jouer dans ce cas, parce qu'il était impossible d'annuler le mariage pour omission de la bénédiction nuptiale ? Nous ne le pensons pas. Il arrivait parfois que l'union fût annulée en cas de refus du prêtre à accorder sa bénédiction aux époux et si, d'autre part, de sérieuses raisons militaient en faveur de sa décision, telles que l'existence d'un réel empêchement ou d'une cause de nullité tenant

---

(27) Malheureusement les recueils ne nous ont pas conservé la plaidoirie qui soutint cette doctrine.

(28) « *Qui aliter quam praesente Parocho vel alio sacerdote, de ipsius palochi vel ordinari licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentaverunt, eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, atque ejusmodi contractus irritos et nullos esse decernit.* » Conc. de Trente, chap. I, sect. XXIV.

(29) V. Esmein, *Le Mariage en Droit canonique*, tome II, p. 166, n° 3, et p. 177 ; Morel, *Etude historique sur le Mariage putatif*, Thèse, p. 76, 1°.

aux conditions extérieures et personnelles dans lesquelles l'engagement au mariage avait été donné. Ainsi les Parlements n'hésitaient pas à annuler un tel mariage, dépourvu de la consécration religieuse, lorsque l'un des époux avait commis sur l'autre un rapt, ou avait subi auparavant une condamnation. Dans ces cas, les juges pensaient que le refus du prêtre était bien fondé et qu'il y avait lieu d'annuler le mariage célébré sans bénédiction nuptiale (30).

Que décider dans le cas d'une pareille annulation ? Va-t-on refuser au mariage ainsi célébré, où l'omission de la bénédiction a joué un rôle important et décisif dans l'annulation, les effets du mariage putatif ? Il n'existe, à notre connaissance, aucune décision se rapportant expressément à notre hypothèse. Cependant, les termes dont la Cour se servit, dans l'affaire d'Edmée Paris, suffisent, pensons-nous, pour nous permettre de construire une théorie affirmative. Dans l'arrêt qu'elle rendit dans cette célèbre affaire, la Cour assimile constamment le manque de bénédiction nuptiale au défaut de publications; or, nous savons que dans les cas exceptionnels où le mariage était annulé pour défaut de publications préalables, les effets civils lui étaient conservés, pourvu, bien entendu, que la bonne foi ne fît pas aussi défaut (31). Nous avons vu que la présomption de mauvaise foi naissait précisément de cette négligence, presque impardonnable, que constituait le défaut de publications, mais que, cependant, cette présomption admettait la preuve contraire. Il en est de même dans notre espèce. Mais, remarquons-le, il sera plus malaisé de prouver la bonne foi chez des époux qui ne craignirent pas de passer outre au refus du prêtre de leur accorder son ministère, que chez ceux qui négligèrent la publication des bans. Par contre, s'il existe de fortes probabilités que les époux ont eu raison de ne pas croire fondées les admonestations faites par le curé, il n'y aurait, à notre avis, aucune raison sérieuse pour leur refuser les effets du mariage putatif, si l'on tient compte surtout du peu de renseignements dont disposaient les curés des campagnes, de leur instruction très élémentaire qui différait peu de celle de l'immense majorité de la population rurale. Il est plausible que les intéressés se soient crus, à tort ou à raison, mieux renseignés que lui sur leur situation personnelle.

---

(30) *Journal des Audiences*, tome II, liv. XII, chap. XVIII.
(31) V. *suprà*, n° 34.

Section II

MAINTIEN DE LA CONDITION DE LA BONNE FOI

37. — Dans l'Ancien Droit français, c'est la notion de l'erreur qui continue, comme en Droit canonique, à être le pivot de l'institution. Or, cette erreur devait toujours dériver de la bonne foi des époux. Sans cette condition, il pouvait y avoir un vice entachant le mariage, mais on jugeait que l'erreur ne méritait pas la faveur des effets civils du mariage, puisqu'elle était trop inexcusable. Donc, la réaction immédiate que la bonne foi opérait sur l'erreur commise consistait à effacer sa grossièreté et à la faire devenir plus acceptable (1).

Un point, cependant, mérite de retenir notre attention en tout premier lieu, celui de savoir en quoi consiste exactement cette bonne foi requise pour bénéficier de notre institution. Tous les auteurs sont unanimes pour reconnaître que la bonne foi, requise en matière de mariage putatif, consiste dans l'ignorance de l'empêchement qui faisait obstacle à l'union projetée (2). Ils estimaient qu'il y a mariage putatif si toutes les formalités sont accomplies, à moins que la bonne foi ne se rencontre pas chez les époux, c'est-à-dire, précise Furgole, « qu'ils n'eussent pas ignoré l'empêchement, auquel cas ils seraient de mauvaise foi » (3).

Lorsque toutes les conditions de forme étaient dûment remplies, les effets de la bonne foi étaient-ils limités ? Non, la bonne foi semblait si puissante aux anciens auteurs qu'à leurs yeux il n'y avait pas de vice qu'elle n'eût pu effacer, ni de crime qu'elle n'eût pu faire pardonner. Parmi les exemples que nous aurons l'occasion

---

(1) Tous les exemples, sans exception, que nous donnons dans cette partie consacrée à l'*Ancien Droit français*, supposent, comme condition essentielle du mariage putatif, l'existence de la bonne foi. Par conséquent, nous jugeons inutile d'insister d'une façon particulière, sur cette condition.

(2) Le Prêtre, *Questions notables de Droit et Traité sur les Mariages clandestins*, Cent. I, chap. I ; Furgole, *Traité des Testaments*, liv. IV, chap. IV, sect. II, n° 184, p. 416 ; Brodeau, *Recueil de plusieurs Arrêts notables du Parlement de Paris*, tome II, L. 14, n° 12 ; d'Aguesseau, *Œuvres complètes*, 47 plaidoyer, tome IV, p. 409 et ss ; Pothier, *Tr. des Succes.*, chap. I, sect. II, § 4. Ceci d'ailleurs d'accord avec le chap. *cum inhibitio*, § *si quis*, au titre des Décrétables, *de clandest. despons.*, « Proles illegitima censeatur, si ambo parentes impedumentum scientes... Cap. *extenore*, X, *Qui filii.*

(3) Furgole, *op.* et *loc. cit.*

de rapporter ci-dessous, nous trouverons de nombreux cas de bigamie, où les enfants, par conséquent, étaient nés sous le vice de l'adultère. L'inceste le plus marquant n'eût jamais pu paralyser l'œuvre bienfaisante de la bonne foi, si ce n'est en considération de la juste cause, dont nous nous occuperons plus tard (4). Le crime monstrueux que commettaient parfois des religieux profès qui contractaient mariage, trompant l'ignorance et la simplicité des jeunes filles, eut maintes occasions de fournir une application à la théorie du mariage putatif, application d'autant plus louable que ces crimes semblent s'être répétés trop de fois aux dépens d'êtres franchement innocents. Ajoutons que ces mariages entre religieux ou avec un religieux sont catégoriquement déclarés nuls, à l'exemple des mariages clandestins. Pothier semble étendre cette incapacité de mariage à toutes les personnes engagées dans les ordres sacrés ou qui ont prononcé des vœux religieux (5). Il convient de souligner que, d'après les anciens auteurs, les enfants nés de ces rapports illicites portaient le double stigmate de l'adultère et de l'inceste de leurs parents. Le mariage putatif leur était néanmoins appliqué.

38. — Il convient cependant de préciser, à ce sujet, un détail important. Quoique les enfants nés dans de pareilles circonstances étaient réputés légitimes, nous avons rencontré des exemples où se trouvaient arbitrairement restreints les effets qui résultent normalement d'une union régulière. Les enfants nés d'une personne laïque et d'un religieux profès, tout en étant considérés comme légitimes, en raison de la bonne foi de l'un de leurs parents, ne pouvaient recevoir aucune succession provenant des ascendants ou des parents collatéraux de leur père ou mère profès. Les auteurs estimaient que la profession religieuse devait avoir précédé la célébration du mariage, puisque, par hypothèse, l'engagement dans les ordres était la cause de nullité du mariage. Or, dans ces conditions, il était impossible d'envisager que le religieux ait pu transmettre plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Les auteurs de l'Ancien Droit se fondaient, dans ces hypothèses, sur un argument qui, depuis lors, a été maintes fois invoqué par la doctrine et la jurisprudence de tous les pays, argument tiré de l'absurdité de l'idée qui consisterait à faire produire au mariage

(4) V. *infrà*, n°s 50 ss.
(5) Pothier, *Tr. des Succes.*, chap. I, sect. II, § 4.

putatif plus d'effets qu'au mariage valable. Leur crainte était grande d'attribuer plus d'effets à la fiction qu'à la réalité (6).

Comme il est aisé de le remarquer, une pareille restriction n'obéissait nullement à des raisons juridiques dignes d'estime. Les arguments invoqués par les auteurs ecclésiastiques, et suivis par la jurisprudence de l'Ancien droit, nous semblent avoir été moins inspirés par le désir de restreindre les effets de la bonne foi, que par des raisons matérielles et concrètes étrangères à toute spéculation d'ordre scientifique. Le célibat, auquel s'était librement engagé le religieux profès, pensent les auteurs, entraîne, entre autres déchéances touchant la personne physique et juridique de l'individu, celle de son droit successoral à l'égard de ses ascendants et collatéraux. En d'autres termes, il s'accomplit, au moment de la profession religieuse, une renonciation à la vocation successorale en faveur de la congrégation ou de l'ordre religieux au sein duquel le profès a fait ses vœux (7).

Quant à l'argument que le mariage valable lui-même n'eût pu produire tel effet, c'est un simple argument de façade qui, voulant prouver trop, ne prouve rien. Il a d'ailleurs le gros défaut de s'appuyer sur une prémisse qui péche par la base. En effet, pourquoi prendre comme point de comparaison un mariage véritable, alors que ce mariage ne peut, dans les circonstances, se réaliser d'aucune manière ? Donc, il n'aurait jamais fallu dire que le mariage putatif ne devait pas avoir tel effet, parce qu'un mariage bon et valable, n'eût jamais pu produire cet effet, puisque l'hypothèse d'un mariage bon et valable, par la force même des choses, n'eût jamais pu être envisagée. Sans doute, en argumentant de la sorte, les auteurs pensèrent à une hypothèse qui dut se produire fréquemment dans la pratique, comme elle se produit encore aujourd'hui, celle où le religieux profès, se sentant sans vocation véritable et attiré par les plaisirs de la chair, demandait et obtenait de ses supérieurs hiérarchiques une dispense qui le déliait de son célibat et des autres vœux professés. En ce cas, et seulement alors, le mariage de l'ex-religieux profès peut être considéré comme une réalité concrète. Toute la question est de savoir l'exacte portée de sa délivrance. Se limitait-elle à délier le religieux, au caractère faible, des

(6) Merlin, *Répert.*, v. *Légitimité*, sect. I, § 4.

(7) V. Contrats du 19 oct. 1661, de la princesse Charlotte de Seguier, et du 12 janvier 1667, de la dame Louise de Gramond, dans les *Archives de la Seine*.

vœux de chasteté, pauvreté, etc., sans lui rendre sa liberté quant aux engagements pécuniaires qu'il avait contractés en faveur de la communauté religieuse qui lui avait fourni asile ? Ou au contraire, l'effet de la dispense de ses vœux s'accompagnait-il d'une restitution totale des droits qui composaient sa personnalité juridique ? (8). Si, comme nous le laissent supposer les arrêts rendus sur la matière, ce fut la première opinion qui l'emporta, notre raisonnement ne se trouve infirmé en aucune manière. Une telle restriction apportée aux effets du mariage putatif, en dépit de la bonne foi de l'époux qui se trouvait libre, doit être attribuée en fait, non à une inefficacité de la bonne foi, mais à la portée particulièrement restreinte que l'on s'accordait à reconnaître à la dispense des vœux religieux (9).

En résumé, nous pouvons dire que la condition de la bonne foi a joué un rôle de première importance dans la matière que nous étudions. Son influence se fit sentir dans le sens d'un renforcement de certaines cérémonies de la célébration du mariage. Ces cérémonies n'eussent pas été rendues obligatoires si leur absence n'eût pas fait présumer, d'une façon palpable, la mauvaise foi des parties (10). Ainsi la bonne foi tendait lentement, mais inéluctablement, à vider la célébration de toutes les formalités qui la composaient, ou mieux à priver ces formalités, dans notre matière, de toute raison d'exister par elles-mêmes. Désormais, les formalités de la célébration furent requises en vue de satisfaire la condition de bonne foi, au lieu d'obéir à des raisons d'existence autonomes.

§ 1. — *Bonne foi unilatérale*

39. — Les auteurs, ainsi que les praticiens de l'Ancien Droit, eurent maintes occasions de se demander, à la suite des théologiens,

---

(8) C'est une question que nous n'examinerons pas ici, car elle est étrangère à notre sujet. D'autre part, pour le développement de notre raisonnement, il nous suffit de poser uniquement le problème en indiquant les deux solutions possibles.

(9) V. sur cette ancienne jurisprudence : Merlin, *Répert.*, v. *Légitimité*, sect. I, § 6, qui reproduit plusieurs arrêts rapportés par Brodeau, et notamment un arrêt du 10 février 1632, déniant aux enfants nés d'un jacobin, le droit au partage de la succession de leur aïeul paternel. A remarquer que la femme s'était mariée avec le religieux, sans le moindre soupçon, et que, par conséquent, sa bonne foi ne faisait pas de doute.

(10) V. *suprà*, n°s 34-35.

si la bonne foi requise en matière de mariage putatif devait se rencontrer chez les deux époux, ou plus simplement chez l'un d'eux. D'une façon constante, la doctrine comme la jurisprudence furent unanimes à suivre l'avis des canonistes (11) et à se contenter de la bonne foi unilatérale, peu importe que ce fut la mère ou le père qui ignorèrent l'empêchement ou ne soupçonnèrent pas la véritable situation de l'autre époux. Cette doctrine eut pour effet, comme il est aisé de l'apercevoir, d'augmenter considérablement la portée de notre institution. « Les lois voulurent, disait Raviot, que les enfants eussent plus de part à l'innocence de leurs parents qui sont dans la bonne foi, qu'au crime de ceux qui ont abusé de la foi du mariage » (12).

Ainsi s'explique le grand nombre de décisions émanant des Cours des Parlements, appartenant soit aux pays de Droit Ecrit, soit aux pays de Coutumes, où la qualité de légitime est uniquement accordée aux enfants en raison de la bonne foi de l'un des parents. Elles remontent à une époque assez éloignée. La première, à notre connaissance, est celle des enfants de Marguerite de Flandre. Par jugement arbitral, rendu en 1246 par Saint Louis, ils furent considérés comme légitimes en raison de la bonne foi de leur mère (13). Une autre décision nous a été conservée par Brodeau (14), datant de l'année 1350 (aff. Jean de Mares) qui rendait légitimes les enfants nés d'un religieux profès, uniquement en considération de la bonne foi de la mère. Le fait que celle-ci crut, en se mariant, avoir à faire à un individu libre de tout engagement religieux, fut pris en considération. Un arrêt du 28 juillet 1598 jugea que c'est une règle de Droit canonique, acceptée par la pratique des Tribunaux, que la bonne foi de l'un des époux suffit pour que les enfants nés d'un mariage annulé soient réputés légitimes (15). Dans l'espèce, la femme « croyait » que son mari était mort, cette croyance, comme

(11) Pour la légitimité des enfants en cas de bonne foi unilatérale, de la part des parents : Peregrinus, *De fideicommissis*, A. Taurinorum, 1610, art. XXIV, n° 66.

(12) *Arrests notables du Parlement de Dijon*, tome I, *observ.* 41. Adde : Le Prêtre, *Questions notables de Droit, et Traité sur les Mariages clandestins*, Cent. I, chap. I, n° 13 ; Henrys et Bretonnier, *Recueil d'Arrêts*, tome II, liv. VI, quest. 5 et plaidoyer 12 ; Merlin, Repert, v. *Légitimité*, sect. I, § 3 ; D'Aguesseau, *Œuvres complètes*, 47 plaidoirie, tome IV, p. 409 ss. ; Pothier, *Tr. des Succes.*, chap. I, sect. II, § 4. D'après Morel, *Etude historique sur...*, Thèse, p. 52, cette règle se trouve sanctionnée par les Décrétales, à partir du XIIe siècle.

(13) Merlin, *Répert.*, v. *Légitimité*, sect. I, § 1, 3.

(14) Merlin, *op.* et *loc. cit.*

(15) Anne Robert, *Quatre livres des arrests et choses iugées par la Court*, liv. II, chap. XVIII (enfants d'un nommé Moreau).

nous le verrons plus tard, ne la faisait pas seulement considérer comme étant de bonne foi, mais surtout comme bénéficiant d'une juste cause d'erreur (16). Son « ignorance » fut jugée, par la Cour, parfaitement excusable. Dans l'affaire Hilerin, le Parlement de Paris décida, le 26 juin 1629, « que la bonne foi est si puissante qu'en matière de mariage, tout en étant individuelle, elle le rend bon pour le tout (17). Cependant, dans cette cause qui, suivant les termes de l'avocat général Bignon, renferme, par ses circonstances particulièrement navrantes, « une tragédie tout entière », on n'accorda pas aux enfants le bénéfice de la putativité. C'est que, d'une part, le père, religieux profès, n'avait pu ignorer son propre état, qui lui interdisait de se marier, ni la condamnation infâmante qu'il avait subie pour divers vols. La seule excuse qu'il aurait pu invoquer en sa faveur c'était qu'à l'âge de cinq ans ses parents lui avaient fait prendre la tonsure; sa vocation sacerdotale était, dans ces circonstances, plutôt factice que réelle. Quant à la mère, d'autre part, elle ne pouvait prétendre avoir été de bonne foi, au moment de la célébration de son mariage, puisque c'était elle-même qui avait détourné son mari. Ainsi, rien d'étonnant qu'un tel mariage fût annulé par la juridiction ecclésiastique. De son côté, la juridiction laïque, à qui appartenait la question des effets du mariage et, en particulier, celui de la légitimité des enfants issus du mariage, ne crut pas prudent d'accorder, soit aux époux, soit aux enfants, les effets du mariage putatif, « puisque l'ignorance de l'état véritable du mari n'avait pas existé chez la femme » (18).

Henrys nous rapporte un arrêt du 6 juillet 1637, où la femme se trouva ignorer la condamnation par contumace qu'avait eu à subir le père de ses enfants (19), et encore un deuxième arrêt où la femme ignorait que son mari était chevalier profès de l'Ordre de Malte (20). Enfin, la liste serait longue, s'il fallait rapporter les arrêts qui ont été rendus dans la matière. Une décision, cependant, mérite de retenir notre attention. Il s'agit d'un arrêt du 3 avril 1653, rendu par le Parlement de Paris, dans l'affaire Labbé, rap-

(16) V. *infrà*, nos 50-51.
(17) Bardet, *Récueil d'arrêts du Parlément de Paris*, tome I, liv. III, chap. LIII, p. 271 ss.
(18) V. aussi Bérault, *La Coutume réformée du Pays et Duché de Normandie*, sur l'art. 275, p. 319.
(19) Cité par Merlin, *Répert.*, v. *Légitimité*, sect. I. § 1, 3.
(20) Merlin, *op. et loc. cit.*

porté *in extenso* par Dufresne (21), et qui constitue un des cas les plus bizarres qui se soit présenté à l'étude des auteurs de l'Ancien droit français. Un individu, Pierre Labbé, quitta son domicile habituel à Paris, à l'âge de vingt et un ans, pour aller se marier, pour la première fois, à Libourne (Auvergne). Non content d'avoir pris comme femme une jeune fille mineure, comme lui du reste, il partit pour s'établir dans la ville de la Rochefoucault (Charente), où il ne tarda pas à contracter un deuxième mariage, toujours sans le consentement de ses parents et sans avoir fait les sommations nécessaires. De nature volage et d'esprit inquiet, il finit par se marier une troisième fois, dans le Berry, lorsqu'il n'avait encore que trente-deux ans. De ce dernier mariage étaient nés deux enfants. Ceux-ci, à la mort de leur père, survenue prématurément, se présentèrent, ainsi que leur mère, pour réclamer la succession du bigame qui, dans l'intervalle, avait été exhérédé par ses parents. Cependant, les choses ne restèrent pas là et, de la part des divers intéressés, affluèrent à la Cour des demandes contradictoires tendant à faire annuler rien moins que les trois mariages successifs que Pierre Labbé avait contractés. Pour les deux premiers, ils avaient été contractés sans le consentement des parents et en violation flagrante des canons fixés par l'Eglise (22). Quant au troisième mariage, sa nullité ne faisait pas le moindre doute, puisque, quoique nuls, les deux premiers constituaient cependant un obstacle insurmontable à la conclusion d'un troisième tant que leur nullité n'avait été prononcée. Nous examinerons plus loin les avantages que les diverses épouses retirèrent de leur mariage; qu'il nous suffise de dire ici que les enfants furent considérés comme légitimes et vinrent, à ce titre, recueillir les biens qui se trouvaient dans la succession de leur auteur (23).

40. — Mais nous aurions tort de penser qu'il n'y avait que le Parlement de Paris pour décider qu'il suffisait de rencontrer la bonne

---

(21) *Journal des Audiences*, tome I, liv. VII, chap. XXIII.

(22) V. notamment, c. *Aliter* 30, quest. 5 ; c. *Nullum* 32, quest. 2, chap. *Videtur qui matrimonium accusare possunt* ; c. *du Concile de Trente*, sect. XXIV, chap. I, *de reformatione matrimonii.*

(23) Parmi les arrêts plus récents, citons encore : celui du 24 janvier 1777, où les enfants qu'un homme avait eus de bonne foi, avec la femme d'un absent, dont on était sans nouvelle depuis 20 ans, furent déclarés légitimes. V. Rousseau de Lacombe, *Dictionnaire ;* v. *Enfant ;* adde. Merlin, *Répert.*, v. *Légitimité*, sect. I, § 3, arrêt du 8 juillet 1779.

foi chez l'un des époux, sans qu'il soit besoin de l'exiger de tous les deux. La plupart des Parlements de province nous ont transmis une pratique analogue. Bardet cite deux arrêts, d'inégale importance, rendus par le Parlement de Rouen, où les docteurs furent d'accord pour confirmer, à l'unanimité, la doctrine que nous exposons, par laquelle les enfants sont déclarés légitimes à cause de la bonne foi de leur mère », qui ignorait que son mari fût prêtre (24). Un deuxième arrêt fut rendu dans le même sens par le même Parlement, le 22 avril 1704. La Cour de l'Echiquier de Normandie, dans une sentence rendue le 19 février 1507, attribuait la succession d'un religieux profès aux enfants qu'il avait eus d'une femme qui ignorait son état, au moment de leur naissance et ne déboutait de leur réclamation que ceux qui étaient nés après que la femme avait découvert l'empêchement (25).

41. — Cependant, en raison même de ce que la bonne foi requise n'était demandée que chez l'un des époux, il se présentait parfois des cas presque inextricables. En cas de polygamie de la part du mari, toutes les femmes se prétendaient avoir été de bonne foi, en contractant leurs mariages respectifs, et, de ce chef, avoir droit aux honneurs et privilèges de femme légitime, tant à l'égard de leur mari, qu'à celui de leurs enfants. Les juges devaient se montrer d'une extrême prudence dans la limite des droits qu'ils accordaient à de pareilles femmes, ayant toutes eu un même mari, et à des semblables enfants qui, tous, descendaient d'un même père. Quoique la tâche était lourde de graves conséquences, les juges surent éviter presque toujours les écueils, que de telles anomalies présentaient à l'esprit même le mieux avisé, et rendirent, sur ces sujets embarrassants, des sentences qui, encore aujourd'hui, sont à juste titre, considérées comme des modèles (26).

Précisément, l'affaire Labbé, à laquelle nous avons déjà eu l'occasion de faire allusion (27) fournit à cet égard maints enseignements, qu'il convient de rappeler. Les trois femmes de Pierre Labbé ne reconnaissaient pas toutes l'invalidité de leur union, mais toutes

---

(24) Bardet, *Recueil*, tome II, liv. I, chap. V, p. 9 ss. Cpr. Merlin, *op. et loc. cit.*
(25) *Journal des Audiences*, tome I, liv. VII, chap. XXIII, dans le corps de l'arrêt du 3 avril 1653.
(26) V. *infrà*, Charondas, *Réponses et décisions du Droit françois*, Paris, 1637, liv. VIII, resp. 17, n° 71.
(27) V. *suprà*, n° 39.

prétendaient avoir été ignorantes, au moment de la célébration, des empêchements qui s'opposaient à la validité de leur mariage avec Labbé. Donc, mieux que nulle part ailleurs dans les annales de la Jurisprudence ancienne et moderne, le bénéfice de la putativité ne fut invoqué par un nombre aussi important de femmes, toutes épouses soi-disant innocentes. A cette instance déjà assez chargée par elle-même, vint se greffer l'action intentée par les parents du mari. Ils contestaient la validité du premier mariage, comme ayant été contracté sans leur consentement, tout en refusant aux autres femmes la bonne foi qu'elles prétendaient avoir eue lorsqu'elles avaient épousé leur fils Pierre. Il est bien regrettable que beaucoup de détails sur cette affaire nous manquent aujourd'hui. Les rares renseignements qui nous ont été transmis par le chroniqueur, nous permettent de connaître les prétentions émises par la première et par la troisième et dernière femme de Labbé, ainsi que la décision finale de la Cour. La première femme soutint, au principal, que la validité de son mariage était évidente, puisque d'après le Concile de Trente, l'on ne saurait exiger, comme condition indispensable, le consentement des parents de l'époux mineur. La troisième femme était moins catégorique, puisqu'elle admettait la nullité de son mariage, mais demandait à se prévaloir des effets conférés à la bonne foi des époux. Au surplus, elle ripostait à son beau-père, qui attaquait son mariage, que lui-même avait cru implicitement à la validité de ce mariage, puisqu'il l'avait reçue du vivant de son mari, dans le sein de sa famille. Dans ces conditions, il avait tort, estimait-elle, de vouloir lui contester le titre de veuve de son fils, et aux enfants qu'elle avait eus de ce dernier, la qualité de légitimes.

A ces fins, la dame Moreau, troisième femme de Labbé, soutenait une triple argumentation. *A*) Tout d'abord, elle rappelait l'état de la question dans le Droit de l'Eglise, tel qu'il avait été fixé par le Canon *Ex tenore, cap. Referent.* et *cap. qui filii sunt legitimi,* qui, à son tour, découlait directement du Droit Romain (28). *B*) En deuxième lieu, elle citait, non sans force, l'avis des auteurs, parmi lesquels Benedicti et Chopin (29). *C*) Enfin, non contente de ces références, elle s'appuyait sur l'opinion unanime de la Jurispru-

(28) Cod. *de incestis nuptiis*, 33. « *Quando aut errore acerrimo non affectato in simulatove, necque ex vili causa decepti sunt.* »

(29) V. Benedictus, *in repetit. cap. Raynatus de Testamentis, ad verb. Raynatius de Clara*, n° 17 ; Chopin René, *Tr. de privilegiis rustic.*, lib. III, cap. 8, n° 3, p. 3.

dence des Parlements, des Pays de Droit Ecrit aussi bien que des Pays de Coutumes.

D'autre part, la dame Moreau ne se borna pas à demander d'être traitée comme femme légitime, elle voulut parer à l'éventualité d'être condamnée pour adultère, du fait d'avoir eu des relations avec un homme déjà marié à deux reprises, en soutenant que sa bonne foi l'excusait de ce délit. L'avocat général Bignon, et à sa suite la Cour, ne purent moins faire qu'acquiescer à sa demande. Par un retour assez paradoxal des choses, elle se trouva jouir de la qualité de veuve non seulement en raison de sa bonne foi, comme elle l'avait plaidé, mais comme ayant contracté un vrai mariage, bon et valable « quoad faedus ». Les deux premières unions se trouvant annulées et, à ce qu'il semble, sans que leur soit accordé le bénéfice de la putativité, la sienne se trouva avoir été valablement contractée, « soluti cum soluta ».

§ 2. — *De l'erreur de droit*

42. — Un fait mérite d'être souligné. L'Ancien Droit français ne semble pas avoir été influencé, dans cette matière, par la pensée canoniste. Et pour cause : celle-ci manquait de netteté et était pleine de contradictions chez les plus grands auteurs ecclésiastiques, à tel point que les interprètes modernes ont beaucoup de mal à suivre ses contours. Ce fut la tradition romaine en matière de propriété, et plus particulièrement en matière d'*usucapion*, qui pesa dans l'opinion des anciens jurisconsultes et qui les détermina à repousser, en principe, l'erreur de droit. C'est encore à la tradition romaine que certains auteurs firent appel lorsqu'il s'agit d'admettre cette erreur en raison de circonstances particulières qui la rendaient excusable.

43. — Avant de pénétrer au cœur de notre étude (30), nous avons à considérer d'abord l'état de la question en Droit canonique, examen qui jettera une nouvelle lumière sur ce problème, l'un des plus prenant du mariage putatif. Au lendemain de la naissance de l'institution, le Pape Boniface VIII (1294-1303), consacrait parmi ses « Regulae juris, liber sextus », l'ancien principe hérité des Romains:

(30) Pour le Droit romain, v. *infrà*, n° 35.

« ignorantia facti non juris excusat » (31). Mais cette rigidité ne subsista pas longtemps, au moins dans toute sa netteté, puisque lorsqu'on examine la question dans les commentaires du plus grand canoniste du XVIe siècle, on demeure perplexe devant les hésitations dont celui-ci fit preuve en traitant la matière. M. Esmein (32) s'appuie précisément sur un texte de cet auteur (33), pour affirmer que la doctrine canonique n'était pas claire. En réalité, ce même canoniste qui hésitait devant le cas du deuxième mariage de la femme dont le mari était absent depuis de longues années, mariage contracté avec l'autorisation de l'évêque, acceptait l'excusabilité de l'erreur de fait coexistant avec une erreur de droit (34). Il vaut donc mieux écarter les avis contradictoires de cet auteur, et s'efforcer de trouver une base plus solide dans les écrits des autres auteurs ecclésiastiques. Ceux-ci ne semblent s'être dégagés de la doctrine négative de Boniface VIII, qu'en faisant appel aux règles du Droit Civil. C'est un fait aujourd'hui universellement reconnu et auquel nous aurons maintes occasions de faire allusion, que les canonistes n'hésitèrent jamais à se référer aux règles édictées pour la prescription en vue de résoudre les problèmes posés par le mariage putatif (35). De notre côté, nous avons donné notre opinion sur cette question au début de cet ouvrage (36).

L'erreur de droit perdit lentement son caractère d'inexcusabilité et des canonistes, non moins autorisés que Panormitanus, nous affirment de cette erreur que : « bonam fidem praestat » (37). Ce qu'il y a d'intéressant dans cette nouvelle théorie, c'est que l'élément de la bonne foi empiète sur celui de la juste cause. Désormais l'erreur, dût-elle être considérée comme « iniustus » ne devait plus faire obstacle à la légitimité des enfants. L'opinion de Paleotus semble d'ailleurs avoir dépassé toutes les limites puisqu'il acceptait l'erreur en dehors de ce cas, toutes les fois que l'équité et les

(31) Pio Fedele, *L'Essenza delle buona fede*, p. 4.

(32) *Le Mariage en Droit canonique*, tome II, p. 38 ; Galgano, *L'errore di diritto...*, Riv. di Dir. Civ., § 2, n° 2, p. 479 ss.

(33) Panormitanus, sur c. VIII, X, *Qui filii*, n° 5.

(34) Abbatis Panormitani, *Commentaria in quartum librum Decretalium*, sur c. 14 *Ex tenore, Qui filii sunt legitimi*, col. 53, verso, n° 9 ; Cpr. sur le c. 13 *Per venerabile, Qui filii sunt legitimi*, col. 53, recto, n° 36 ; sur le c. 8 *Perlatum, Qui filii sunt legitimi*, col, 49, recto, nn. 4 et 5.

(35) Pio Fedele, *op. cit.*, p. 6.

(36) V. *suprà*, n° 11.

(37) Tellez, *Commentaria perpetua in singulos textus librorum Decretalium Gregori IX*, 1766, Maceratae, tome IV, lib. IV, Decretal., tit. XVII, p. 144, n° 4 et références.

principes d'humanité l'exigeaient (38). Cette doctrine hardie ne semble pas avoir été unanimement acceptée et la plupart des canonistes se contentaient d'admettre l'erreur de droit, dans la mesure où elle pouvait être tenue pour « iusta ». Nous avons, en effet, sur ce point le précieux témoignage de Covarrubias qui, examinant une espèce semblable à celle qu'envisageait Panormitanus, n'hésite pas à admettre l'erreur de droit comme pouvant constituer une excuse aux fins d'obtenir le mariage putatif. Son jugement est d'autant plus probant que le deuxième mariage qu'il examinait n'était pas nul en lui-même (aucun vice de forme ne l'entachait), et qu'il avait été contracté alors que le premier subsistait encore, parce que l'un des conjoints avait été induit en erreur par la sentence déclarative de nullité du premier mariage (39). « *Nam si iuris error ita iustus sit, uti bonam fidem producat, non dubito ex matrimonio illo, etiam absque longi temporis cursu, filios legitimos esse, cum ex legitimi sunt ex alterius coniugis bona fide... quae bona fides ex iuris iusto errore adest in matrimonio* ».

Ce fut entre cette double tradition, tantôt inspirée des textes romains, tantôt se rattachant à la pensée canonique, que les auteurs de l'Ancien Droit eurent à choisir. Nous allons nous rendre compte que, dans la majorité des cas, ce fut à la source romaine qu'ils firent appel. La jurisprudence, par contre, semble plutôt s'être référée aux enseignements des canonistes.

44. — Les anciens auteurs de l'Ancien Droit français se demandèrent bien souvent si la faveur accordée aux époux et aux enfants issus de pareils mariages devait aller jusqu'au privilège de la légitimité, au cas où l'erreur commise était non pas une erreur de fait, mais une erreur de droit. Leurs scrupules s'expliquaient à cet égard. Les lois civiles, en effet, s'étaient dégagées lentement des lois de l'Eglise, après une pénible gestation. Aussi ne doit-on pas s'étonner de rencontrer des auteurs qui se refusent d'une façon catégorique à accepter l'excuse d'ignorance en cas d'erreur de droit (40). Ils invoquent le principe général, qui semble avoir été

---

(38) Paleotus, *De nothis spurisque filis*, 1597, cap. X, nº 8, p. 68, cité par Pio Fedele, *L'Essenza delle buone fede*, p. 7.

(39) Covarrubias, *In quartum librum Decretalium Epitome*, pars. II, cap. VIII, § I, nº 9, *In varios civilis ae pontificii iuris titulos Relectionorum I*, Venetiis, Apud Hieronymum Seotum, 1571, p. 225 ; V. Galgano, *L'errore di diritto...*, Riv di Diritto Civile, 1921, p. 478, en particulier § 2, nº 3, p. 480.

dominant dans la mentalité de l'époque, que l'ignorance impliquant une erreur de droit pouvait être acceptée, à la rigueur, lorsqu'il s'agissait d'éviter une peine, mais jamais lorsqu'il était question d'obtenir un gain. De la sorte, les avantages de notre institution étant regardés comme une faveur, ne sauraient jamais lui être attribués. Toutefois, ces auteurs apportent une restriction importante à cette rigidité au bénéfice des femmes et des mineurs, exception dont les origines remontent aux lois romaines (41).

45. — De son côté, la jurisprudence ne semble jamais s'être embarrassée de l'ancienne tradition et brisa nettement le cadre hérité et accepté si docilement par la doctrine. Nous avons vu, à propos de la célébration, plusieurs arrêts qui refusèrent d'accorder les effets civils du mariage à des unions contractées dans l'ignorance des formalités imposées par le Concile de Trente et délibérément acceptées par les Ordonnances, notamment par celle de Blois. Rappelons, en particulier, l'espèce dans laquelle le Grand Conseil de Malines, saisi de scrupules, n'osa enfreindre les principes établis et se refusa, par un arrêt du 28 février 1711, à faire bénéficier les enfants du prince Albert-Octave des faveurs qui normalement auraient dû être attribuées à la bonne foi de leur mère (42). Donc, en principe, l'erreur de droit qui consistait à ignorer les formalités imposées par le Concile de Trente pour la célébration du mariage, n'était pas prise en considération pour l'octroi du bénéfice de la putativité (43). Mais il ne faudrait pas tirer de ce refus un argument dans le sens de l'inefficacité de l'erreur de droit. Les auteurs modernes ne sont pas en droit de fonder sur ce précédent de l'Ancien Droit leur refus d'accepter, dans notre matière, l'erreur provenant d'un vice de forme ou des conditions intrinsèques du mariage. Le cadre juridique est totalement différent et il serait impardonnable de négliger cette différence. Le principe dominant, pour les auteurs et la jurisprudence de l'Ancien Droit, était, sans doute, de ne pas accepter une erreur tenant aux formalités nécessaires; mais cette exclusion s'expliquait non pas par le défaut de la bonne foi, dont le champ d'application était plus restreint, mais uniquement par la raison

(40) Ferrières, *Introduction...*, cap. *Raynatius de testament*, p. 348-349.
(41) Ferrières, *op. et loc. cit.*
(42) V. *suprà*, n° 32.
(43) Cette solution est en accord avec la doctrine, Ferrières, *op. et loc. cit.*

qu'une telle erreur enfreignait la condition essentielle de la célébration.

Mais, analysant de plus près la question, l'on ne tarde pas à se rendre compte que l'inefficacité de l'erreur de droit était restreinte au cas où l'erreur expliquait l'absence des formalités, à l'exclusion du cas où l'erreur se rattachait à un vice tenant à la substance même de l'institution du mariage. Ceci nous est prouvé par une décision non moins célèbre que celle que nous venons de citer. Le Conseil Souverain de Frise, dans une sentence rendue le 4 avril 1630, déclare d'une façon catégorique que les enfants nés du mariage d'un oncle avec sa nièce doivent être tenus pour légitimes, en dépit de l'empêchement dirimant qui faisait obstacle à l'union de leurs parents (44).

§ 3. — *Appréciation de la bonne foi*

46. — Le juge de l'Ancien Droit avait une tâche plus aisée que le juge moderne, lorsqu'il s'agissait de déterminer l'existence de la bonne foi chez les époux. Il pouvait en effet compter sur un élément simplificateur des situations les plus enchevêtrées, qui lui avait été légué par les canonistes : la juste cause d'erreur. Cette observation faite, nous nous proposons de traiter dans ce paragraphe l'ensemble des faits psychologiques d'après lesquels le juge cherchait à se faire une idée du véritable état d'âme de l'époux, en vue d'apprécier l'existence de la condition de bonne foi. La tâche est particulièrement malaisée, en raison des liens qui existaient entre la condition de bonne foi et celle de la juste cause d'erreur qui, comme nous verrons plus tard, est inséparable de la bonne foi. Le juge de l'Ancien Droit formait son opinion d'après ces deux éléments d'appréciation.

L'appréciation de la bonne foi exigeait un examen des circonstances de fait, mais ces circonstances résidaient parfois dans le for intérieur de l'individu et se révélaient par des attitudes intimement personnelles. Les faits d'où le juge déduisait qu'il avait eu, en contractant mariage, un juste motif d'erreur, étaient appréciés moins par rapport à la conduite personnelle d'un individu déterminé, que par rapport à la conduite de la généralité des individus appartenant à un même milieu social et moral.

47. — En traitant de la nature de la bonne foi, nous avions fait

(44) *Descisiones Frisicae de Sande*. Merlin, *Répert.*, v. *Légitimité*, sect. I, § 9. Adde. Arrêt du Parlement de Toulouse du 12 septembre 1560, aff. Martin Guerre, Maynard, liv. IV, chap. IV ; Papon, *Instrument du premier Notaire*, tome I, liv. IV, p. 318.

observer qu'elle perdit son caractère théologique et se transforma en une règle morale acceptée, faute de mieux, par le juge séculier (45). Celui-ci s'attacha, de plus en plus, à se faire une opinion, en se basant sur des faits objectifs au lieu de vouloir scruter, à l'instar des juges ecclésiastiques, l'ensemble de la conduite des individus. Ainsi donc, la nature de la bonne foi se transforma et cette transformation s'accompagna d'un changement dans la méthode d'appréciation de la condition de bonne foi. L'élément psychologique l'emporta nettement sur l'élément éthique, tout au moins dans la mesure où l'élément moral de la bonne foi pouvait être influencé par des actes psychologiques découlant de l'activité personnelle d'un individu déterminé. Un deuxième trait, concernant la nature de la bonne foi et qui a complètement disparu aujourd'hui, contribua à rendre plus aisée la tâche du magistrat du Moyen-Age. Il s'agit de l'assimilation de la mauvaise foi à la fraude et au dol (46). Or, la fraude et les intentions qui la produisent sont plus facilement perceptibles par leurs manifestations extérieures que la simple mauvaise foi. Ainsi, les arrêts nous citent une multitude de cas où l'attitude de l'époux reflétait bien son désir d'éviter les prescriptions légales et de les enfreindre. Le juge n'avait aucune peine à déclarer cet époux dépourvu de l'état d'esprit nécessaire pour réclamer la faveur conférée par la loi à la bonne foi des conjoints. C'était, par exemple, des bigames qui prétendaient avoir cru à la mort de leur premier conjoint, mais qui avaient pris soin de s'éloigner de son domicile pour se remarier. Soulignons que ce fait, qui tendait à révéler la mauvaise foi du bigame, servait, par contre, à donner un semblant de véracité aux dires de son deuxième conjoint, qui prétendait avoir tout ignoré de la condition véritable de son époux, venu d'un pays lointain. De même, au cas où l'un des époux avait subi une peine entraînant la mort civile, on s'accordait volontiers à reconnaître le bénéfice de la bonne foi au conjoint qui avait ignoré une pareille condition, si la peine avait été subie dans un autre pays que celui où les noces avaient été célébrées (47).

---

(45) V. *suprà*, n° 19 *in fine*.

(46) Ferrières, *Introduction au Droit ecclésiastique et canonique*, p. 348.

(47) A remarquer que ces deux exemples de bonne foi sont en même temps des hypothèses de juste cause, ils marquent bien le rôle simplificateur qu'eut à cette époque la juste cause dans l'appréciation de la bonne foi.

La fraude était surtout manifeste lorsque les époux, qui s'étaient liés malgré l'existence d'un empêchement réel faisant obstacle à leur union, commençaient par négliger les formalités prescrites par la loi. Ainsi, par exemple, lorsque les publications avaient fait défaut, il était infiniment probable que l'opposition faite par leurs parents ou par des personnes ayant eu connaissance de l'empêchement dirimant leur eût évité d'agir à l'encontre de la loi. S'ils n'ont pas fait les publications préalables, c'est qu'ils craignaient de rencontrer un obstacle insurmontable à leur union. Donc, ils n'ont fraudé la loi que pour mieux l'enfreindre ; aussi étaient-ils censés être de mauvaise foi malgré leurs dénégations réitérées.

Pour conclure, disons que si la fraude sembla dans l'Ancien Droit, en ce qui touche notre matière, être synonyme de mauvaise foi, cela ne veut pas nécessairement dire que le manque de fraude entraînait invariablement la bonne foi. Par contre, la bonne foi était considérée comme exclusive de toute idée dolosive. Au surplus, l'existence d'agissements frauduleux de la part de l'un des époux, tendant à cacher à l'autre époux sa situation véritable, entraînait en faveur de ce dernier une forte présomption de bonne foi.

48. — A quel moment l'Ancien Droit jugeait-il nécessaire l'existence de la bonne foi chez les époux ? Exigeait-il un état d'âme constant en contradiction avec la nature même de la bonne foi, qui de théologique et éthique était devenue, sous son influence, profondément psychologique ? Au contraire, conformément à la nouvelle nature qu'il avait su imprimer à cette condition, se contentait-il d'une bonne foi définitivement fixée à un moment précis ? Ou exigeait-il la bonne foi à diverses époques plus ou moins espacées dans le temps ?

Il serait impossible de se diriger parmi les inextricables labyrinthes de la jurisprudence de l'Ancien Droit, si nous n'avions pas la ressource d'un rapprochement avec une question connexe : celle du moment d'appréciation de la bonne foi en matière de prescription (48). Or, les auteurs nous disent que, contrairement

---

(48) Nous pensons avoir démontré les raisons tirées du Droit canonique qui nous autorisent à faire un tel rapprochement. V. *suprà*, n° 11.

au Droit Romain, où la bonne foi n'était requise qu'à deux moments précis de la possession : celui de la passation du contrat et celui de la tradition, l'Ancien Droit français exigeait une bonne foi subsistant aussi longtemps que la possession (49). Au surplus, comme par sa nature même cette bonne foi devait se manifester d'une manière particulièrement nette, il fallait pour la détruire apporter la preuve d'une mauvaise foi caractérisée.

Il n'y avait pas de raison pour décider autrement, lorsqu'il s'agissait de déterminer la bonne foi dans le mariage. Mais en raison des caractéristiques particulières du mariage, où la possession d'état ne repose pas sur une bonne foi aussi manifeste extérieurement que celle de la propriété, les tribunaux s'y prenaient autrement pour son appréciation. Pratiquement, il leur était impossible de suivre cet élément fuyant de la bonne foi, tel qu'il se manifestait dans tous les actes de la vie matrimoniale des individus, ainsi que dans la période qui avait immédiatement précédé la célébration. En fait, ils tournaient la difficulté en examinant la bonne foi à divers moments assez remarquables de la vie conjugale, tels que la période précédant le mariage, le moment de la célébration, celle de la naissance des enfants (et non celle de la conception), l'époque du retour de l'époux absent, ou le jour où la nouvelle certaine de son existence était parvenue à la connaissance des nouveaux époux. Lorsqu'il s'agissait de déterminer la bonne foi du conjoint d'une personne frappée de mort civile ou condamnée aux galères, l'on attachait une grande importance à sa conduite et au lieu de fixation de son domicile, pendant la période intermédiaire allant du jour de la condamnation jusqu'au jour de la célébration de son mariage.

La période précédant immédiatement la célébration du mariage fut toujours prise en considération, plus particulièrement pour dénier l'existence de la bonne foi, en cas de défaut des bans préalables.

Dans l'arrêt célèbre que nous avons cité (50), rendu dans l'affaire Pierre Labbé, les enfants de la troisième femme, appelée Moreau, furent considérés comme légitimes, en raison de ce que celle-ci était de bonne foi, au moment de la naissance de ses enfants. On apprécia la bonne foi de la mère distributivement pour chacun des enfants, à l'époque de leur naissance.

---

(49) Argon, *Institution de la bonne foi requise en matière de prescription*, tome I, liv. II, chap. X, p. 257 ss.
(50) V. *supra*, n° 11.

Enfin, d'autres arrêts, et ceci arriva plus souvent qu'on pourrait le supposer, s'attachaient au moment plus précis de la cérémonie du mariage. Notamment en cas de dispense des empêchements, ou de certificat délivré par l'autorité compétente et constatant faussement la mort de l'autre conjoint.

Cependant, dès lors qu'elle avait été constatée, la bonne foi, était censée continuer d'une façon ininterrompue, pendant toute la durée du mariage. Telle était sa puissance qu'elle ne cédait que devant des faits précis, révélant une connaissance exacte des empêchements. Ainsi par exemple, le retour inattendu du mari absent, était susceptible non seulement d'avoir pour effet d'obliger l'époux à retourner avec son premier conjoint, mais il faisait cesser toute bonne foi. La bonne foi cessait aussi, à coup sûr, devant les oppositions faites par les parents ou personnes ayant connaissance de l'empêchement qui s'opposait à la réalisation de l'union (51). Les enfants nés après ces événements devaient d'après les anciens tribunaux, être tenus pour bâtards et plus exactement pour adultérins. L'ignorance cessant chez les parents, elle faisait place à la connaissance exacte des faits (52).

§ 4. — *Charge de la preuve*

49. — A la suite des canonistes, les auteurs de l'Ancien Droit se demandèrent à qui incombait la charge de la preuve, en matière de mariage putatif.

De même que les canonistes, ils se rendirent vite compte de l'injustice qu'il y aurait à faire supporter aux époux ce lourd fardeau, et ce qui est pis, aux enfants (53).

« Matrimonium contra leges factum, puta cum ea quae alium virum habuit, virum quidem sed absentem, per errorem facti potius quam per dolum... contractum praesumitur, si palam et publico celebratum fuit » (54). Ils justifiaient cette conception en invoquant le principe général : « Error potius quam dolus praesumitur

(51) Furgole, *Traité des Testaments*, tome IV, n° 149, p. 434. Cpr. même auteur, *op. cit.*, chap. IV, sect. II, n° 184, p. 446.
(52) Maynard, *Notables et singulières Questions de Droit écrit*, liv. IV, chap. VI.
(53) Hertius, *Commentationum adque oposculorum, De matrimonio putativo*, XV ; Président Fabre, *Codex fabrianus definitionum*, liv. 4, tome V, des. 2.
(54) Président Favre, *op. et loc. cit.*

in eo qui palam mala fecit : secus in eo qui clam ». Ce qui d'ailleurs était tout à fait conforme à la conception romaine (55).

Ce qu'il y a de caractéristique dans cette matière, c'est que les anciens auteurs, à la suite de la Jurisprudence des tribunaux, n'hésitaient pas à pousser assez loin la présomption. On vit reconnaître le bénéfice de la bonne foi à une mère et à ses enfants, malgré l'idée de fraude qu'eût pu susciter, dans l'esprit des juges, la précipitation dont la femme, épouse d'un individu absent, avait fait preuve pour se remarier. D'après les principes que nous avons exposés dans le paragraphe consacré à l'appréciation matérielle de la bonne foi, une telle attitude de la femme aurait dû être interprétée dans le sens de la mauvaise foi. Cependant les juges en décidèrent autrement dans un curieux arrêt, au moins si l'on se réfère à la sentence rendue telle qu'elle nous a été transmise par les chroniqueurs, sentence qui, au dire de Merlin, doit être considérée comme « évidemment incomplète » (56). Dans l'espèce, la femme n'attendit pas une année après la condamnation de son mari aux galères pour épouser un deuxième mari. La sentence rendue le 30 août 1597, accorda à ses enfants la qualité de légitimes, faute sans doute de pouvoir admettre les preuves fournies par le premier mari, aux fins de montrer la mauvaise foi de ce deuxième mari. Selon toute évidence, et ceci ne laisse pas de nous remplir d'étonnement, le deuxième mari connaissait le lien précédent qui empêchait la femme de contracter avec lui une union valable. Aussi, nous ne pouvons expliquer cet arrêt qu'en faisant appel à la théorie de la présomption, laquelle exige que la partie qui conteste la bonne foi de l'époux soit à même de prouver sa prétention. Autrement l'hypothèse serait franchement inexplicable. Ce dernier arrêt nous permet de formuler une règle générale d'une portée plus vaste, que nous aurions hésité à formuler sur le seul fondement de l'avis des auteurs (57). Dans l'Ancien Droit français, la preuve de la bonne foi incombait à ceux qui avaient intérêt à détruire ses effets quant au passé, tout au moins, lorsqu'il s'agissait d'une erreur de fait. La tradition romaine, par contre, triomphait lorsqu'il était question

(55) L. D., *de administratione tutorum*, 5, § 4 ; De *de auctor. tutorum*, 1, § 3 ; l. 5 C. *de contrahendo emptione*.

(56) Brodeau sur Loiel, *Recueil de plusieurs Arrêts notables du Parlement de Paris*, tome II, lettre L, § 14 ; Merlin, *Répert.*, v. *Légitimité*, sect. I, § 8 ; V. *suprà*, n° 47 *in fine*.

(57) V. *suprà*, note 53, de ce même numéro.

d'une erreur de droit. C'était alors à ceux qui prétendaient se prévaloir du bénéfice de la bonne foi à démontrer que, malgré toutes les apparences contraires, ils avaient possédé cette qualité lors de la célébration du mariage (58).

Section III

DE LA JUSTE CAUSE D'ERREUR

50. — La théorie du mariage putatif fut acceptée en entier par les anciens auteurs, tout au moins quant à ses conditions. La juste cause d'erreur, contrairement à ce qu'on pense couramment (1), ne faisait pas double emploi avec la condition de la bonne foi ; tout au contraire, ces deux conditions s'harmonisaient admirablement, et contribuaient à former, dans l'esprit du juge, la conviction de la bonne foi chez un individu. Dès lors, il ne faut pas nous étonner que les anciens auteurs aient toujours pensé que la bonne foi, même lorsqu'elle accompagnait toutes les formalités de la célébration, n'était pas suffisante, si la juste cause d'erreur faisait défaut (2). En d'autres termes, ils jugeaient que l'erreur n'était pas excusable, si la personne qui s'était trompée, ne pouvait invoquer une juste cause d'erreur (3).

Il y a un point, qui mérite d'être éclairci en premier lieu. Quel rôle jouait exactement le juste motif d'erreur, dans l'attribution des effets concédés au mariage putatif ? Quels étaient ses liens avec la notion de la bonne foi? Enfin, en quoi de différenciait-elle de cette dernière condition ? La doctrine garde, sur tous ces points, un complet silence, sans doute parce que, en admettant implicitement les conclusions des canonistes, elles jugea inutile d'y insister. Mais il n'en est pas de même des décisions de la Jurisprudence. Elles sont assez explicites pour nous permettre de tirer d'importantes conclusions.

---

(58) V. aussi pour le cas de bigamie : Merlin, *Répert.*, v. *Mariage*, § 8.

(1) Morel, *Etude historique sur...*, Thèse p. 68 ss.

(2) Anne Robert, *Quatre livres des arrests et choses iugées par la Cour.* (trad. franç.) livre II, chap. XVIII.

(3) Le Prêtre, *Questions notables de Droit et Traité sur les Mariages clandestins*, Cent. II, chap. VII ; Pothier, *Tr. des Succes.*, chap. I, sect. II, § 4 ; Merlin, *Répert.*, v. *Légitimité*, sect. I, § 3, arrêt du 13 juin 1656.

Tout d'abord, dans l'analyse des actes des individus, la juste cause d'erreur jouait, comme nous l'avons laissé entendre, un rôle simplificateur (4). La complexité de l'analyse, qui eût résulté de l'examen attentif de chacun des actes composant la vie matrimoniale des époux, imposa aux juges l'adoption d'une règle d'appréciation, plus pratique que celle de la bonne foi : ce fut la condition relative à la juste cause. Pour traduire cette pensée sous une forme plus imagée, nous nous permettons de comparer les actes successifs et immédiats des époux, à des fractions ayant un dénominateur différent. Les compulser, les additionner, les neutraliser est mathématiquement impossible, s'ils ne sont pas réduits à un commun dénominateur. Ainsi, grâce à la condition de la juste cause, les actes fuyants et multiples remplissant une existence humaine sont rapidement évalués, sans qu'il soit besoin de poursuivre l'intention de l'âme humaine dans toutes ses manifestations extérieures. Un exemple rendra encore plus claire cette conception à laquelle nous attachons une grande importance. Dans l'espèce, où la femme de l'absent s'était remariée, alors que, comme il s'avéra plus tard, son premier mari vivait encore, la juste cause d'erreur consista en ce que la femme ne s'était remariée que sur présentation d'une sentence de l'officialité, qui supposait son mari décédé (5).

51. — Nous tenons à signaler une différence importante entre le Droit canonique et l'Ancien Droit français. Tandis que le premier se contentait, en cas de remariage de la femme du vivant de son mari absent, d'une simple nouvelle sérieuse de la mort de ce dernier (6), la pratique des anciens Parlements étaient plus rigoureuse. En effet, ils décidaient que la femme ne pouvait se remarier qu'après avoir obtenu un certificat constatant la mort de son mari, délivré par l'autorité compétente. Cette solution était d'ailleurs conforme à l'art. 181 de l'Ordonnance de Blois de 1579 (7). Sans doute, cette femme aurait pu être de bonne foi et, partant, considérée comme remplissant la seconde condition requise, condition relative au

(4) V. *suprà*, n°s 46-47.

(5) Pothier, *Tr. des Succes.*, chap. I, sect. II, § 5, quest. II, qui envisage la même hypothèse à d'autres points de vue.

(6) *Décrétates*, liv. IV, tit. I, XIX, Clems, III ; Adde, *Authentique Hodie*, C., lib. V, tit. 17, l. 7 (Nov. 117, chap. XI).

(7) V. concl. de l'av. gén. Bignon, *Journal des Audiences*, tome II, chap. 14, aff. Thibaut, arrêt du 6 juillet 1666 ; adde Morel, *Etude historique sur...*, Thèse, p. 56 ss.

juste titre, si elle s'était remariée sur une fausse nouvelle, qui lui faisait considérer son mari comme mort. L'on pourrait dire la même chose de son second mari. Mais on se rend compte des difficultés qu'une telle analyse de la conscience humaine aurait comportées pour le juge de l'Ancien Droit, surtout si l'on ne perd pas de vue que l'analyse devait se prolonger, contrairement à notre droit, pendant une période indéfinie. Au contraire, la tâche devenait bien plus aisée si l'on prenait en considération la croyance, que le certificat délivré par l'autorité compétente devait avoir suscitée, dans l'esprit des époux, ceux-ci, à la vue d'un tel certificat, pensèrent à coup sûr qu'aucun obstacle ne s'opposait à leur union. C'était une conviction qui se dégageait en quelque sorte des actes extérieurs à la personne des époux eux-mêmes. Et ainsi, elle devenait moins fuyante et plus concrète du fait que la conviction n'était pas fondée sur des actes dont l'intention résidait dans le for intérieur des époux. La tâche des juges s'allégeait, en fait, d'une façon considérable.

Par ce que nous venons de dire, l'on se rend parfaitement compte que les liens existants entre la condition de bonne foi et celle de la juste cause étaient particulièrement nombreux, sans qu'il y ait eu confusion. Le trait d'union qui unissait d'une façon intime ces deux conditions était l'existence de l'erreur commise par les époux. Les conditions contribuaient, il est vrai, à rendre l'erreur acceptable. La bonne foi, d'une part, agissait sur l'erreur d'une manière plutôt passive, puisqu'elle s'analysait, d'après les anciens auteurs, en une abstention mentale, représentée intellectuellement par l'état d'ignorance et par le manque de soupçon. La juste cause, d'autre part, rendait l'erreur excusable, sur le fondement de ce que l'ignorance ou le manque de soupçon procédaient d'un acte étranger à la volonté des époux et à la suite duquel tous les hommes eussent été censés agir de même. L'erreur, ainsi comprise, subissait cette double purification et devenait d'autant plus méritante que, pour les auteurs comme pour la jurisprudence, elle avait été solennellement consacrée par la cérémonie du mariage.

Cette dernière condition explique qu'en principe, dans la grande majorité des cas, les erreurs tenant à la forme extérieure de la célébration ne pouvaient être excusées ni par la bonne foi des conjoints, ni par l'existence de la juste cause, considérées isolément. L'erreur devenait à ce moment trop grossière. Mais abstraction faite de cette hypothèse particulière, lorsque la bonne foi

et la juste cause co-existaient, rien ne faisait obstacle à leur commun effet de servir de réparateurs de la faute commise (8).

52. — Après avoir analysé les rapports intimes qui unissaient dans l'Ancien Droit ces deux conditions, il est bon d'ajouter que ce serait une grave erreur de les confondre. D'une façon générale, chacune de ces conditions avait son champ d'application différent et bien délimité. Pour simplifier, rappelons l'espèce déjà citée. Il aurait pu arriver que les effets de la juste cause, qui se trouva là réellement avoir existé, fussent victorieusement contrecarrés par le manque évident de bonne foi individuelle de la part des époux, si, par exemple, le certificat avait été obtenu par des moyens répréhensibles. Autant que nous pouvons en juger par le laconisme des chroniqueurs, ce ne fut pas le cas qui se présenta dans l'espèce. L'ignorance des prétendus époux s'ajouta à l'existence matérielle d'un certificat fourni par l'officialité et constatant faussement la mort du premier mari.

Cependant, nous n'avons pas de peine à reconnaître qu'il arrivait parfois que l'une et l'autre de ces conditions étaient plus amalgamées et plus difficilement discernables. Ainsi, dans le cas célèbre de Martin Guerre, il est évident que la juste cause se confond avec le motif même de la bonne foi de l'épouse, dont le mari était absent depuis de longues années (9). Le fait matériel de l'extraordinaire ressemblance physique et l'éloignement dans le temps obscurcirent la mémoire et les souvenirs de cette femme. Ce simple fait créa dans l'esprit de la femme et l'ignorance et le juste motif d'erreur. Contrairement à la règle générale, la bonne foi et la juste cause trouvèrent leur plein fondement uniquement dans la psychologie de l'individu. Mais à part ce cas tout à fait exceptionnel, la juste cause était, le plus souvent, l'interprétation de faits extérieurs aux époux, mais qui avaient influencé d'une façon directe et immédiate leur volonté de contracter mariage. La bonne foi, au contraire, tenait compte plus particulièrement de faits émanant de la personne des époux eux-mêmes. La juste cause consistait en quelque sorte dans une bonne foi générale, dont tout le monde pouvait bénéficier. La condition de la bonne foi proprement dite créait une excuse particulière concernant directement la personne qui l'invoquait.

(8) V. *suprà*, n°s 32 ss.
(9) V. *suprà*, n° 33.

Pour conclure cette brève étude sur la juste cause, disons que quoiqu'elle s'analysait d'une façon éthique et générale, elle nous est apparue profondément psychologique. Les Parlements semblent avoir raisonné de la façon suivante. L'erreur commise par les époux est d'autant plus digne d'intérêt qu'ils ont été inclinés au mariage par les autorités, en lesquelles ils avaient pleine confiance, et qui avaient la mission de les éclairer et de les instruire. De la sorte, se croyant parfaitement sûrs que leur nouvel état était à l'abri de toute irrégularité, ils ont peut-être interrompu toute recherche de la vérité. Il est donc juste et naturel de les excuser en leur accordant, ainsi qu'à leurs enfants, les faveurs que la loi confère à une erreur commise dans de pareilles circonstances.

Ainsi se termine d'étude des conditions du mariage putatif, dans l'Ancien Droit français, telles qu'elles se reflètent dans les textes des auteurs et dans les monuments de la jurisprudence, souvent volontairement raccourcis par ceux qui nous les ont transmis. Comme nous l'avons vu au cours de ce premier chapitre consacré aux conditions du mariage putatif, l'influence des Décrétales et des Canonistes fut considérable. En définitive, l'on peut accepter comme valable pour cette époque la célèbre définition, donnée par Hertius, du mariage putatif en Droit canonique. Les réformes introduites par l'Ancien Droit ne concernent que les modalités, l'essence de l'institution reste inchangée. Ce ne sera que plus tard, lors de la rédaction du Code Civil, que s'opérera un changement brusque et radical, changement dont les répercussions se font encore sentir de nos jours (10).

CHAPITRE III

Effets accordés au mariage putatif

53. — Il faut bien se garder, tout d'abord, de penser que dans l'Ancien Droit il était possible de faire une démarcation aussi nette que celle qui existe dans le Droit moderne, entre les effets d'un mariage valables et les effets attribués à un mariage nul,

(10) V. *suprà*, n° 17, et *infrà*, n°s 79-85.

mais remplissant les conditions sus-indiquées et auxquelles nous avons consacré le chapitre II de cet ouvrage. Des distinctions aujourd'hui abandonnées rendaient beaucoup plus malaisée cette démarcation simple et en même temps logique. Entre le mariage déclaré nul et le mariage valablement contracté, on considérait un nombre important de liaisons conjugales dont les effets étaient très variables. Le mariage nul, comme de nos jours, ne produisit jamais aucun effet (1), et les mariages clandestins leur étaient assimilés (2).

L'Ancien Droit français continua donc, comme l'avait fait dans le passé le Droit canon, à dénier au mariage clandestin, c'est-à-dire contracté au mépris des formalités exigées par le Concile de Trente, les effets d'un mariage putatif. Il n'est pas inutile de rappeler ici les raisons invoquées par les canonistes pour priver les enfants nés de semblables unions des effets de la légitimité. A leurs yeux, un tel résultat ne devait être considéré que comme la juste peine qui devait sanctionner, d'après l'Eglise, leur négligence, malgré la bonne foi des parents. « *At si matrimonium illud nullum, fuit clandestinum, erunt filii illegitimi, non obstante bona fide parentum* (3). Dans le mariage putatif, les enfants, disaient-ils, sont légitimes, parce qu'au moins l'un des parents ignorait la cause de nullité, tandis que cette ignorance probable cessait d'exister en cas de mariage clandestin. « *...quia saltem alter parens laborabat ignorantia probabili ...quae ratio cessat quando clandestine contrahitur omissis denunciationibus... non enim est probabilis ignorantia, cum omittantur requisita ad assequendam veritatem* ». Il convient de remarquer que cette même raison était invoquée pour dénier à de tels mariages le pouvoir de légitimer les enfants que les parents avaient eu auparavant. C'est que, dans cette hypothèse, le mariage était une offense, un mépris à l'autorité ecclésiastique; il était donc naturel que celle-ci « suum denegat auxilium » et que les « filii non sunt legitimi » (4).

---

(1) « *Il n'y a de légitime conjonction que le mariage valablement et légitimement contracté.* » « *Un mariage dans lequel se rencontre un empêchement dirimant ne peut donc pas fournir une parenté légitime...* », Pothier, *Tr. des Succes.*, chap. I, sect. II, § 4 ; V. cep. *infrà*, n° 184.

(2) Le Brun, *Traité des Successions*, liv. I, chap. II, sect. I, disc. I, n°s 4-6 ; Corbin, *Les Lois de la France*, arrêts XXVIII et LXXV.

(3) Sanchez, *De Sancto Matrimonii Sacramento*, Venet, 1693, tome I, lib. III, disp. XLII, n° 1.

(4) Sanchez, *op. et loc.* ; V. Morel, *Etude historique sur...*, Thèse, p. 72 ss., qui le plus souvent se borne à transporter des règles édictées pour la matière du mariage en général à celle du mariage putatif.

Par contre, les mariages célébrés *in extremis* étaient considérés comme valablement contractés entre les époux et avaient pour effet de légitimer leurs enfants, mais ils ne leur conféraient aucun droit successoral (5).

Quant aux mariages secrets, ils étaient censés être bons et valables, mais ils ne produisaient aucun effet; en outre, la preuve de la bonne foi était alors presque impossible et celle de la mauvaise foi très aisée à fournir par les parties qui contestaient la validité du mariage (6).

Enfin, une nouvelle source de complications existait pour les enfants dont l'un des parents avait subi une condamnation entraînant la mort civile. Suivant l'ordonnance de 1639, ces unions étaient dépourvues de tous les effets civils du mariage. Par contre, le Droit canonique se refusa à y voir une nouvelle cause de nullité et considéra ces mariages comme valables « quoad faedus ». Cette dernière règle influença les effets de ces mariages, notamment quant au lieu naturel et aux effets dérivant du Droit canonique, telle que la légitimité des enfants. Ceux-ci pouvaient jouir des bénéfices et des dignités ecclésiastiques, ce qui les éloignait sensiblement de la situation faite aux bâtards (7). Par contre, les effets découlant des lois civiles d'une façon plus directe, comme les droits successoraux, leur furent déniés. Ils furent, en effet, déclarés par ladite ordonnance « incapables de toute succession » (8).

En traitant les effets du mariage putatif nous reviendrons en détail, sur l'influence que la bonne foi des époux pouvait avoir sur cette interdiction (9).

---

(5) Au moins depuis les termes si précis de l'Ordonnance de 1639 (art. 5 et 6) et contrairement à un arrêt du 29 mars 1599 (Le Prêtre, *Questions notables de Droit et Traité sur les Mariages clandestins*, Cent. 2, chap. VII). V. cep. arrêts du sieur Ferry, du mois de mai 1675, (Le Brun, *Traité des Successions*, *loc. cit.*) et un autre du 5 septembre 1675, *Journal du Palais*, part. V, p. 175 ss. ; Pothier, *Int. au tit. des Succ.*, édit. Bugnet, tome I, § 2, nº 13, p. 486-487 et *Traité des Succ.*, édit. Bugnet, tome VIII, chap. I, sect. II, § 4, p. 18-19. Cpr. Furgole, *Traité des Testaments*, nºs 184 et 185, p. 446.

(6) Gaudemet P., *Du Mariage putatif et de ses effets*, Thèse, p. 53-54.

(7) Rousseau et Lacombe, *Jurisprudence canonique*, v. *Bastard* ; Argou, *Institution*, tome II, liv. III, chap. II, p. 14 ; Pothier, *Tr. du Cont. de Mar.*, nº 436.

(8) Pothier, *Tr. des Succ.*, édit. Bugnet, tome VIII, chap. I, sect. II, art. 3, § 4.

(9) V. *infrà*, nº 60.

Section I

EFFETS DU MARIAGE PUTATIF QUANT AUX ENFANTS NES PENDANT LE MARIAGE

54. — Le but même de notre institution, tel qu'il se révèle dans la loi 57, II, *de rit. nupt.* et dans le *cap.* 14 Ex tenore, *qui filii sunt legitimi,* était, à l'égard des enfants, de leur conférer la qualité, les honneurs et privilèges dus aux enfants légitimes nés d'un mariage valable (10).

Tous les auteurs sont formels à cet égard, aussi jugeons-nous inutile d'y insister. Ils semblent raisonner en faisant du mariage putatif une sorte d'exception aux conséquences négatives, qu'entraînait pour les époux et pour les enfants la nullité du mariage en général (11).

55. — Quant à la jurisprudence de l'Ancien Droit, elle était unanime à cet égard dès l'époque la plus reculée à laquelle il nous est possible de remonter. En commençant par les arrêts rapportés par les chroniqueurs de Marguerite de Flandre (12) et par celui de Jean des Mares, qui est rapporté par Brodeau, arrêts datant des XIIIe et XIVe siècles respectivement et qui considéraient les enfants putatifs comme légitimes et, comme tels, capables de succéder à leurs parents (13).

Les Parlements et, en particulier, le Parlement de Rouen, dans deux arrêts auxquels nous avons déjà eu l'occasion de faire allusion, décidaient que les enfants nés d'un prêtre étaient légitimes

---

(10) Brodeau sur Louet, *Recueil*, tome II, L, somm. 14, n° 12; Anne Robert, *Quatre Livres des arrests et choses iugées par la Court*, trad. fr., liv. II, chap. XVIII; Ferrières, *Introduction au Droit ecclésiastique et canonique*, p. 348-49 ; Le Brun, *Traité des Successions*, liv. I, chap. II, sect. III, n° 22 et *eod.* liv., chap. II, sect. I, disc. V, n° 13 ; Berault, *La Coutume reformée du Pays et Duché de Normandie*, art. 275, p. 319 ; Servin, *Actions notables et plaidoyez...*, vol. I, *Plaidoyer* 9 ; Furgole, *Traité des Testaments*, tome II, chap. VII, sect. VI, n°s 178-179 ; Pothier, *Cont. de Mariage*, part. V, chap. II, art. 4, n° 437 ; Merlin, *Répert.*, v. *Légitimité*, sect. I, § 10.

(11) Furgole, *op. cit.*, tome IV, chap. IV, sect. II, n° 148, p. 434.

(12) V. *suprà*, n° 39.

(13) V. *suprà*, *eod.* n° ; dans le même sens tous les arrêts cités par Bardet, *Recueil*, tome II, p. 9 ss. ; Merlin, *Répert.*, v. *Légitimité*, sect. I, § 3 ; Rousseau, de Lacombe, v. *Enfants* ; arrêts du 7 juillet 1584, 8 mars 1547, 19 juin 1557, apportés par Charondas, *Réponses et Décisions du Droit français*, liv. VIII, Rep. XVII, p. 368-369.

et capables de succéder (14). Le Parlement de Toulouse, dans l'espèce de Martin Guerre, et l'Echiquier de Rouen, dans l'affaire du sieur de Ferrières, n'en décidèrent pas autrement (15). Un des exemples les plus anciens qui se présentèrent dans l'Ancien Droit français est, sans doute, celui que nous fournit la décision du même Echiquier accordant aux enfants de Maître Jean Perdiguier la succession de leur père contre le religieux de Saint-Jean de Jérusalem d'Aquitaine, par un arrêt du temps de Charles VI, de l'An 1380 (16).

56. — Peu importait d'ailleurs la cause intrinsèque de nullité, pourvu bien entendu que la dite union ait rempli les conditions que nous avons examinées en détail. Un exemple, qui de nos jours n'aurait pu se produire, c'est celui qui nous est fourni par le Parlement de Paris accordant le bénéfice de la légitimité, et tous les droits attachés par la loi à cette qualité, à des enfants issus d'un mariage annulé pour impuissance du mari (17).

Les effets généralement accordés aux enfants nés dans le mariage valable étaient attribués sans aucune exception aux enfants nés d'un mariage putatif (18). Ce principe résulte des écrits des auteurs et de la pratique de la jurisprudence, tant des pays de Droit Ecrit que des Pays de Coutume. Dans tous les arrêts et chez tous les auteurs que nous avons pu consulter, les enfants issus d'un mariage putatif se voient placés sur un même pied d'égalité avec les enfants nés d'un mariage véritable. Ils ont droit au nom, aux armes et au rang social de la famille de leur père (19).

57. — Une question préoccupa beaucoup les auteurs, celle de savoir si de tels enfants devaient succéder aux deux parents, au cas où seulement l'un d'eux avait été de bonne foi. Il leur sembla, à première vue, que les enfants nés d'un mariage putatif n'avaient rien à réclamer du parent de mauvaise foi. Mais ils ne tardèrent

(14) V. *suprà*, n° 40.
(15) Brodeu sur Louet, *Recueil*, tome II, L, somm. 14, n° 12, V. *suprà*, n° 33.
(16) Brodeau sur Louet, *op. et loc. cit.*
(17) *Journal de Dufresne*, édit. 1665, liv. VIII, chap. XXII ; Le Brun, *Tr. des Succ.*, chap. I, II, sect. IV.
(18) V. cep. *suprà*, n° 38.
(19) Arrêt du 4 février 1689, Merlin, *Répert.*, v. *Légitimité*, sect. I, § 3 ; Furgole, *Traité des Testaments*, tome IV, chap. IV, sect. II, n° 148, p. 434. *Idem*, Hertius, *Commentationum adque oposculorum, De Matrimonio putativo*, cap. XXII-XXIII.

pas à s'apercevoir de toute l'injustice qu'une telle proposition abritait derrière son faux aspect de logique. C'eût été reconnaître l'infériorité des enfants nés d'un mariage putatif sur les enfants nés d'un mariage véritable, dont la vocation successorale s'étendait aussi bien dans la ligne paternelle que dans la ligne maternelle. Au surplus, c'eût été faire pâtir les enfants des conséquences de la faute de l'un de leurs parents, alors que, précisément, la faveur extraordinaire de la loi avait pour but d'effacer sur leur tête toute tache d'illégitimité. En définitive, leur dénier, dans notre cas, la vocation successorale à l'égard du parent de mauvaise foi équivalait à leur refuser la qualité de légitimes vis-à-vis de ce dernier, alors surtout qu'il était absurde et ridicule de les supposer en partie naturels et en partie légitimes (20).

L'avis des glossateurs fut ici décisif. Ceux-ci avaient dit, se référant au chapitre *Ex tenore* : « qu'il était absurde qu'un même homme fût légitime et bâtard en même temps... l'état est indivisible et il est plus juste d'étendre jusqu'au coupable la faveur due à l'innocent que d'étendre à l'innocent la peine méritée par le coupable ». Ceci admis, le chemin à parcourir pour assimiler étroitement la situation des enfants putatifs à celle des enfants légitimes n'était séparé que par un court espace, qui d'ailleurs fut vite franchi. On leur reconnut le droit de succéder dans la famille du parent de mauvaise foi. Ils furent considérés comme capables de recueillir, à titre héréditaire, les biens de leurs aïeux et même de leurs parents collatéraux. Cette nouvelle extension heureuse des effets accordés aux enfants nés d'un mariage nul fut aisément justifiée en droit. Le mariage putatif étant considéré comme une fiction et une image de la légitimité, il était tout indiqué qu'il eût autant d'effets que le mariage légitime. « Fictio tantum operatur in casu ficto, quantum veritas in casu vero » (21).

De son côté, la jurisprudence se montra toujours favorable à

---

(20) Le Prêtre, *Questions...*, Cent. I, chap. I ; Pothier, *Int. au tit. des Succ.*, édit. Bugnet, § 2, n° 13, p. 486-487.

(21) Le Prêtre, *Questions notables de Droit et Traité sur les mariages clandestins*, Cent. I, chap. I, Henrys et Bretonnier, *Recueil d'arrêts*, tome II, plaid. 12 ; Brodeau sur Louet, tome II, L, somm. 14 ; Maynard, *Notables et singulières Questions de Droit écrit*, liv. IV, chap. VI ; Ferrières, *Intr. au Dr. ecclés. et canon.*, p. 348-349 ; Anne Robert, *Quatre Livres des arrests et choses iugées par la Court*, liv. II, chap. XVIII; D'Aguesseau, *Œuvres complètes*, 47e *plaidoirie*, tome IV, p. 409 ss. ; Raviot, *Arrests notables du Parlement de Dijon*, tome II, p. 286, nos 4 ss. ; Pothier, *Cont. de Mariage*, part. V, chap. II, art. 4, nos 437-439 ; Merlin, *op. et loc. cit.* Cpr. les hésitations de Papon Jean, *Instrument du premier Notaire*, tome I, liv. IV, p. 318.

cet élargissement qui agrandit d'une façon considérable la portée du mariage putatif. Tous les arrêts que nous avons eu l'occasion de citer au cours de ce travail accordèrent aux enfants la vocation successorale à l'égard du parent de mauvaise foi (22).

§ 1. — *De l'influence de la cessation de la bonne foi des parents sur le sort des enfants*

58. — Dans la section consacrée à l'étude de la bonne foi, et plus particulièrement dans le paragraphe où nous avons traité du moment d'appréciation de la bonne foi, nous avons vu que celle-ci, contrairement aux règles du droit actuel, ne devait pas être considérée « ne varietur », mais comme une qualité destinée à souffrir de brusques changements. Il était logique donc que des modifications dans l'état d'âme des parents, à l'égard de la connaissance des empêchements, apportassent dans la situation des enfants à naître des altérations profondes (23). Sans doute, ceux qui, au moment de leur naissance, pouvaient bénéficier de la faveur exceptionnelle de la légitimité en raison de la bonne foi de leurs parents, n'avaient rien à craindre. Ils se trouvaient à l'abri de toute éventualité dangereuse provenant de la cessation de l'état d'ignorance de leurs auteurs. Leur qualité de légitimes, une fois acquise, était définitive et irrévocable.

C'était une autre catégorie d'enfants qui avaient tout à redouter, ceux dont la naissance se plaçait à une date postérieure à la découverte de l'empêchement qui aurait dû être un obstacle insurmontable au mariage de leurs parents. Ces enfants, quoique ayant eu les mêmes auteurs que leurs frères, ne pouvaient nullement invoquer la bonne foi primitive dont ces derniers avaient bénéficié. Ils se voyaient indéfectiblement relégués dans la catégorie méprisante des bâtards, où ils occupaient la place que leur imposait leur état réel.

Bref, la doctrine et la jurisprudence s'accordaient pour considérer comme illégitimes tous les enfants nés et même conçus après la cessation de la bonne foi des parents. Il est entendu que nous nous référons autant à la cessation de la condition de la

(22) V. notamment, Raviot, *op.* et *loc. cit.* ; Le Prêtre, *op.* et *loc. cit.* ; Merlin, *op.* et *loc. cit.*
(23) V. *suprà*, nos 46-48.

bonne foi qu'à celle de la juste cause qui, en pratique, cessait en même temps. Les enfants conçus dans de telles conditions étaient, par conséquent, exclus des effets légaux attribués au mariage putatif (24).

Il nous a été conservé une décision du 19 février 1517, rendue dans l'affaire Ferrières, confirmant nettement les positions de l'Ancien Droit sur ce point délicat de notre étude. Dans l'espèce, les enfants que la femme de l'absent avait eus d'un autre que son premier mari, et alors qu'elle ne s'était remariée que sur la foi d'un faux certificat de décès délivré illégalement par un prêtre, furent déclarés aptes à succéder à l'héritage de leurs parents. Au contraire, les enfants qui avaient été conçus depuis la découverte de l'existence du premier mari, et par conséquent après que le mensonge du certificat fut découvert, furent exclus de toute vocation successorale (25).

59. — Nous avons rencontré dans les textes une hypothèse assez semblable, mais qui, cependant, diffère de la précédente par l'ordre successif de la bonne et de la mauvaise foi. Les époux commencèrent par avoir des enfants avant qu'une dispense ne les eût déliés de l'empêchement de parenté qui faisait obstacle à leur union. La dispense du Pape intervenue, les auteurs se demandèrent si les enfants que les conjoints avaient eus auparavant ne devaient pas être assimilés à ceux qu'ils avaient engendrés par la suite. Les avis semblent avoir été partagés à ce sujet. D'aucuns soutenaient qu'une distinction s'imposait et qu'il fallait se décider pour l'affirmative si les deux parents avaient été de bonne foi, en contractant mariage. L'assimilation de ces deux sortes d'enfants devenait, le cas échéant, matériellement impossible. D'autres, au contraire, portaient la discussion sur un autre terrain, celui de l'étude de l'analyse de la portée de la dispense papale. De la sorte, pensaient ces derniers, la réponse dépend, en définitive, des termes mêmes de la dispense. Si celle-ci permettait de considérer les enfants comme légitimes, cette qualité devait leur être attribuée sans qu'il soit besoin de se préoccuper de la bonne ou de la mauvaise foi

(24) Rousseau de Lacombe, *op. cit.*, v. *Enfants* ; Le Prêtre, *Questions notables de Droit et Tr. sur les Mariages clandestins*, Cent. I, chap. I ; Brodeau sur Louet, tome II, L, somm. 14 ; Bérault, *La Coutume réformée du Pays et Duché de Normandie*, sur l'art. 275. p. 319.

(25) Bérault, *op. et loc. cit.*

de leurs auteurs. Enfin, d'autres théoriciens semblent n'avoir eu aucune idée précise sur ce sujet; aussi se contentaient-ils de reproduire l'avis des auteurs (26).

§ 2. — *De la mort civile et de son influence en matière de mariage putatif*

60. — D'après les art. 5 et 6 et de la déclaration du 26 novembre 1639, les enfants issus d'un mariage où le père était un condamné à mort, ou un banni perpétuel, devaient être exclus, ainsi que leur postérité, de toute succession. En outre, la nature de la peine semble avoir été entendue, dans un sens très large. On y comprenait, aux dires des auteurs, non seulement les condamnations à la mort naturelle, mais toutes les peines qui entraînaient la mort civile, à savoir les peines de galère à perpétuité, et de bannissement hors du royaume (27).

Mais il n'est pas inutile d'insister sur ce que les termes de la dite Déclaration semblaient aux anciens auteurs peu clairs et pécher par manque de précision. Sans doute, selon Le Brun, elle a voulu exclure les enfants de la seule succession de leur père (28) mais, et ce n'est pas pour simplifier les choses, cet auteur semble douter lui-même de ce qu'il vient d'avancer.

Notre tâche, plus précise, consiste à rechercher l'influence qu'exerçait la bonne foi de l'un des époux sur l'exhérédation prononcée par les Ordonnances. Tout d'abord, nous faisons observer que les anciens auteurs pensaient qu'il était difficile de rencontrer une personne qui, de bonne foi, épouse un condamné à mort, en raison de la publicité qui accompagnait invariablement la condamnation. Cependant, ils ne se refusaient pas à envisager des hypothèses plus favorables, où la bonne foi de l'autre époux pouvait exister de toute évidence. Dans le cas, notamment, où le condamné était allé se marier dans une autre ville que celle où il s'était vu infliger publiquement la peine (29).

---

(26) Bérault, *op.* et *loc. cit.* V. Le Brun, *Tr. des Succ.*, liv. I, chap. II, sect. I, disc. I, nos 10-12.

(27) Pothier, *Tr. des Succ.*, chap. I, sect. II, § 4, nos 2-3 ; Rousseau de Lacombe, *op. cit.*, v. *Enfants*, no 13 ; Bardet, *Recueil*, tome I, liv. I, chap. 29 ; Argou, *Institution*, tome II, liv. III, chap. II, p. 10.

(28) *Tr. des Succ.*, liv. I, chap. II, sect. III, no 22.

(29) Le Brun, *op.* et *loc. cit.*

D'une façon générale, les anciens théoriciens étaient unanimes pour décider que les personnes mortes civilement ne participaient pas à l'état civil et qu'elles étaient incapables de toute conjonction licite (30).

Mais ceci admis, ils n'en restaient pas là. Et d'une façon catégorique, ils estimaient que les enfants issus d'un tel mariage, devaient recueillir par succession les biens appartenant à l'époux de bonne foi. Pour justifier leur avis, ils ajoutaient que le mariage d'un condamné à mort n'était pas plus odieux que le mariage d'un prêtre ou d'un bigame. Or, nous savons que dans ces deux hypothèses, la vocation successorale leur était largement attribuée, non seulement à l'égard des deux parents, mais aussi à l'égard des collatéraux (31). Dans ces conditions, il n'y avait pas de raison assez forte pour exclure les enfants d'un condamné à mort du droit héréditaire, tout au moins à l'égard de l'époux de bonne foi (32).

Aujourd'hui encore, il serait impossible de mieux raisonner, à supposer que l'institution de la mort civile n'eût pas disparu de nos mœurs contemporaines. Puisque le mariage putatif avait pour résultat de faire produire des effets civils à des unions absolument nulles, combien il était plus logique de faire produire ces effets à des unions qui n'étaient considérées comme nulles que quant à leurs effets, et non quant à leur essence.

Il ne pouvait être question d'accorder aux enfants une vocation successorale à l'égard de leurs deux parents, puisque, par hypothèse, l'un d'eux avait eu à subir une condamnation. Or, il eût été mal venu de transmettre à sa postérité ses biens, alors que lui-même, de son vivant, ne pouvait plus en disposer. Tandis que la situation des prêtres ou des bigames qui se mariaient malgré les empêchements qui faisaient obstacle à leur union était toute autre, parce que, normalement, ils avaient des héritiers, alors que le condamné à mort n'en avait point régulièrement (33).

---

(30) Pothier, *op.* et *loc. cit.*

(31) Anne Robert, *Quatre livres des arrests et choses iugées par la Court*, liv. II, chap. 18 ; arrêts de juillet 1598 et 16 janvier 1610.

(32) Le Brun, *op.* et *loc. cit.* ; Pothier, *op.* et *loc. cit.* ; Cpr. Le Prêtre, *op. cit.*, Cent. I, cap. I, (vers le milieu) ; Brodeau sur Louet, L. somm. 8, art. 3 ; Bardet *Recueil*, tome I, liv. II, chap. 32.

(33) Le Brun, *op. cit.*, n° 26. D'après Pothier, *Cont. de Mariage*, n° 440, les enfants du condamné à mort, étaient pour lui des parents naturels, et par conséquent, seuls les droits que les Ordonnances attribuaient à ces derniers leur étaient acquis.

Mais cela n'empêchait pas que les enfants pouvaient se prévaloir de leurs droits, tant vis-à-vis du parent de bonne foi, que vis-à-vis des parents en ligne directe et collatérale du condamné (34). « Il serait contre l'humanité, dit Le Brun, que la bonne foi de la mère ne puisse sauver l'état des enfants dont le père fut condamné pour homicide » (35).

Si l'opinion, que nous venons de rapporter, doit être considérée comme l'opinion dominante parmi les anciens auteurs, il ne manquait pas de dissidents qui, tout en reconnaissant que de tels enfants devaient être tenus pour légitimes, n'hésitaient pas à les considérer comme incapables de succéder : « parce qu'un tronc mort ne peut produire de branches vives » (36).

Section II

DE LA LEGITIMATION PAR MARIAGE SUBSEQUENT EN CAS DE MARIAGE PUTATIF

61. — C'est sans doute la partie doctrinale du mariage putatif qui fut la plus influencée par les avis des anciens auteurs et par la pratique des Parlements. Malheureusement, cette influence fut néfaste, puisqu'en refusant de faire produire au mariage putatif un des effets les plus caractéristiques et les plus importants du mariage véritable, on restreignit sa portée et sa nature spécifiques. Son rôle de fiction et de « matrimonium coloratum » s'obscurcit et perdit arbitrairement une raison d'exister et de manifester ses bienfaits. Ce résultat s'explique, à notre avis,

---

(34) Pothier, *Contr. de Mariage*, part. V, chap. II, art. 4, n° 440 ; arrêt du 6 juillet 1637, Le Brun, *op. cit.*, liv. I, chap. II, n° 26 et n° 15. Contre : Henrys et Bretonnier, *Recueil*, tome I, liv. VI, quest. 6, qui dit que cette pratique a dû changer depuis la Déclaration de 1639 ; v. cep. ce même auteur, tome II, liv. VI, quest. 5 ; Rousseau de Lacombe, *op. et loc. cit.* Quant à l'arrêt rapporté par Bardet, *op. cit.*, tome II, liv. I, chap. 3, p. 12, qui dénie aux enfants la vocation successorale vis-à-vis de la famille du parent de mauvaise foi, il semble avoir plutôt constitué l'exception que la règle. (V. Mourre, proc. génér., aff. d'Orsay, Cass. civ., 15 janvier 1816, S. 1816, I, 81.

(35) *Op. et loc. cit.* C'est que conformément à la loi 5, §1, C. ad 1, *Jul. Majest.* dans un cas similaire, mais d'une gravité plus grande, puisqu'il s'agissait de criminels de lèse-majesté, les enfants étaient frappés des mêmes peines que les parents. C'est cette assimilation hardie que Le Brun refuse d'accepter dans cette citation.

(36) Denissart, *Dictionnaire*, v. *Bonne foi*. Cpr. Merlin, *Répert.*, v. *Légitimité*, sect. I, § 12-13.

par une double erreur. Tout d'abord une fausse interprétation des textes canoniques (1) ; ensuite, une inexactitude de raisonnement, qui consistait à vouloir déduire la prétendue inefficacité de notre institution à légitimer les enfants en général des cas particuliers, tels que l'impossibilité de légitimer par mariage valable, les enfants adultérins et incestueux (2). Cependant, nous nous hâtons de trouver une excuse à ces auteurs, celle d'avoir été influencés par l'avis des praticiens cherchant à faire triompher leurs idées coûte que coûte, en dépit de l'intégrité doctrinale et interprétative, qui doit être la norme des auteurs. Ces observations faites, posons-nous le problème dans les termes mêmes où il se posait aux anciens auteurs.

Le mariage nul, contracté avec les conditions de la célébration publique et solennelle, de la bonne foi et de la juste cause d'erreur, pouvait-il purger les vices dont était entachée la naissance des enfants nés avant la célébration ? Puisque la bonne foi des contractants confère aux enfants et aux prétendus époux les effets civils du mariage véritable, peut-elle aussi légitimer les enfants que ces époux ont eus auparavant, comme l'eût fait un mariage bon et valable ? Pour reproduire les termes dont les auteurs se servaient à l'époque, il ne s'agit pas là d'une « petite question » (3), mais plutôt d'un « imbroglio judiciaire » (4). Les espèces où cette hypothèse se présentait, quoique non aussi rares qu'on pourrait les supposer, étaient considérées par les praticiens comme « plus propres au théâtre qu'au barreau » (5). En réalité, les espèces que l'on rencontre dans l'Ancien Droit révèlent mieux que nuls autres arguments les inextricables problèmes qui se présentaient à l'étude des anciens juges, et de la méfiance que les Ordonnances, à la suite des textes canoniques, leur inspirèrent à l'égard du concubinage.

62. — La question de la légitimation des enfants par mariage putatif subséquent fut étudiée avec un soin minutieux par

(1) Zoesio, *Commentarius in Codicem Justinianum cum notis Martini Naurath*, Venetiis, 1757, lib. V, tit. XXVII ; *Rota Romana*, décisions du 19 mars 1610, v. *Sacra Fachinei, Controversiarum Iuris*, lib. III, cap. LV, p. 215. *Rotae Romanae Decisionum recentiarum*, Venetiis, 1716, Pars. II, n° 280 ; Génestal, *La Légitimation...*, p. 164 ss.
(2) Cpr. Le Brun, *Traité des Successions*, liv. I, chap. II, sect., I, disc. I.
(3) Bérault, *La Coutume réformée du Pays et Duché de Normandie*, art. 275, p. 318.
(4) D'Aguesseau, *Œuvres complètes*, tome IV, 47e plaidoirie.
(5) D'Aguesseau *op. et loc. cit.*

la Cour de Paris, dans le célèbre arrêt du 15 mai 1674, rendu contre un individu surnommé Jean Maillard (6). Voici les faits de cette espèce originale, dont l'étude doit nous retenir quelque peu. Jean Maillard épousa Marie de la Tour, une des plus belles femmes de l'époque, à Paris, mais la quitta après cinq ans de vie commune et se retira en Allemagne. Après une absence de quarante ans il revint en France et s'empressa d'accuser d'adultère sa femme. Celle-ci, pendant cette absence, qu'elle trouvait sans doute trop longue, s'était remariée avec un sieur de la Boissière. Un fils appelé Pierre était né de cette liaison, quelques années après la célébration, et se prétendait légitimé par le mariage subséquent de ses parents. Dans l'espèce, deux questions différentes se juxtaposaient ; nous avons déjà eu l'occasion de traiter la première. Tout d'abord, les époux étaient-ils de bonne foi en contractant leur union ? (7). Ensuite, à supposer cette hypothèse résolue dans le sens de l'affirmative, fallait-il supposer cet enfant légitimé par le mariage de ses parents ?

Selon la manière de raisonner des anciens auteurs, il fallait distinguer deux sortes de légitimation « que le vulgaire confond couramment » (8) : la légitimation par mariage subséquent et celle opérée par la bonne foi des époux. Ces deux sortes de légitimations n'avaient, selon eux, rien de commun et ne pouvaient pas même se rencontrer ni concourir pour produire les mêmes effets. « Il faut nécessairement supposer ici deux dispositions de droit distantes et séparées, dont la confusion fait toute l'équivoque » (9). La légitimation par la bonne foi avait lieu en faveur des enfants nés « pendant le mariage » contracté de bonne foi par les conjoints, au moins si l'un de ces derniers avait ignoré l'empêchement. Or, si cet empêchement venait par la suite à être découvert et le mariage à être déclaré nul, les enfants n'étaient pas pour cela considérés comme illégitimes et conservaient leur état tout entier. Tandis que la légitimation par mariage subséquent était considérée comme étant possible seulement à l'égard des enfants nés « ex soluto et soluta ». Dans cette dernière hypothèse, l'examen de la bonne foi était dépourvu de tout intérêt,

(6) *Journal du Palais*, tome I, p. 496 ss. ; Catellan, *Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse*, liv. IV, chap. XXIII, aff. Bonneson
(7) V. *suprà*, nos 46 ss.
(8) *Journal du Palais*, *loc. cit.*
(9) D'Aguesseau, *op. et loc. cit.*

puisque c'était le mariage et non la bonne foi qui produisait la légitimation.

Pour que la bonne foi ait pour effet la légitimation des enfants, il fallait, pensaient les auteurs, le concours de deux conditions supplémentaires : *a*) qu'il y ait un mariage qui précède la naissance des enfants ; *b*) que l'enfant soit né pendant le mariage. Ces deux conditions nouvelles étaient déduites du chapitre *Ex tenore,* des Décrétales, *qui filii sunt legitimi,* d'Innocent III. Cette surenchère aux conditions était implicitement acceptée par les auteurs qui pensaient qu'il fallait plus de conditions pour légitimer des enfants déjà nés, que pour rendre des enfants légitimes (10).

Pierre Forain, fils de la femme de Jean Maillard, prétendit que le mariage putatif n'étant qu'une image modelée sur la réalité du mariage même devait nécessairement produire les mêmes effets et, partant, à son égard la légitimation normale. Il fondait sa prétention sur les raisons suivantes :

a) Le mariage contracté de bonne foi légitime les enfants et, par conséquent, à la dissolution du mariage, les enfants légitimés ne deviennent pas bâtards ;

b) La bonne foi sert autant que la vérité au possesseur de bonne foi en matière de prescription (11) ;

c) Il était absurde de lui refuser la légitimité, alors que s'il était né pendant le mariage que sa naissance a provoqué il serait censé légitime, comme ses frères.

62 *bis.* — Les objections à l'admission de la légitimité étaient nombreuses, et nous nous bornerons, dans cette partie, à mentionner les objections qui nous ont paru les plus saillantes. On fit valoir notamment, qu'il était impossible d'accumuler fiction sur fiction. 1) Celle d'un mariage rétroactif ; 2) Celle d'un mariage valable, alors qu'il était nul. « Non datur fictio fictionis ». Car, en définitive, la fiction doit avoir toujours pour base la réalité. Cet argument fut victorieusement réfuté à notre avis. « La fiction est dans la jurisprudence ce que l'art est dans la nature et la fiction est une imi-

(10) Le Brun, *Traité des Successions,* liv. I, chap. II, sect. I, disc. I, n° 6; Furgole, *Traité des Testaments,* tome IV, chap. IV, sect. II, n° 184, p. 446.

(11) Quoique d'une façon générale, ce rapprochement entre la théorie de la propriété et celle du mariage ne soit pas tout-à-fait sans fondement (V. *suprà,* n° 11), il est à noter que précisément la prescription n'était pas admise en matière d'état.

tation de la loi ». « L'art ajoute à la nature ou lui donne ce qui lui manque, la fiction supplée à l'impuissance de la nature » (12). Pierre Forain fit remarquer que la loi permet à un homme de prendre pour fils un enfant dont il n'est pas le père (adoption). Ce qui est sans doute, disait-il, contre la nature des choses, tandis que, dans l'espèce, ce n'est qu'une fiction qui va à l'encontre de la loi. L'enfant primitivement naturel vient à être déclaré légitime, grâce à la loi elle-même qui lève l'obstacle qui s'opposait à la légitimité. L'exhérédation, permise dans l'Ancien Droit, est, disait-il, comparable à l'adoption. En effet, parce que le père méprise son fils, la loi se venge sur l'enfant et le traite comme un inconnu. Grâce aussi à une fiction, elle n'ignore pas la vérité, mais elle se borne à la discuter.

Plus loin, en attaquant d'une façon plus directe les arguments de ses adversaires, le fils de la femme de Jean Maillard déclara, qu'en permettant la légitimation, la loi ne feint rien, au contraire, elle cesse de feindre : loin de déguiser la vérité, elle lui rend hommage en restituant à l'enfant ce qui lui appartenait. En allant au fond même de la question, il discutait l'effet rétroactif du mariage subséquent au moment de la naissance des enfants.

Rien ne s'oppose, ajoutait-il, à ce que deux fictions se rencontrent pour concourir à un même résultat, pourvu que « l'équité et l'utilité publique » le demandent. Les exemples ne sont pas rares, disait-il, où la loi accepte, de toute évidence, le cumul de deux et même trois fictions, sur la même tête. En voici un qu'il cite (13), et qui pouvait se produire par la rencontre fortuite de conditions particulières, aujourd'hui disparues du droit moderne. C'est le cas de l'aïeul qui avait adopté le puîné de ses deux petits-enfants. Or, il y avait ici trois fictions différentes et toutes résultaient cependant du fait de l'adoption. A savoir : *a*) il était le père de celui qu'il adoptait ; *b*) l'adopté devenait le frère de son propre père ; *c*) le petit-fils, qui avait été adopté, devenait l'aîné de son frère. De même, dans le cas d'un homme libre, qui avait eu un enfant d'une femme serve, qu'il épouse après l'avoir libérée, on distingue trois fictions. Ces trois fictions sont les suivantes : *a*) l'enfant est censé être né d'une femme libre ; *b*) le mariage précède la naissance ; *c*) le citoyen affranchit son esclave afin que

(12) V. *infrà*, sur la vraie nature de l'institution, nos 187-189.
(13) *Journal du Palais*, *eod.*, vol. p. 518.

son mariage soit valable (14). Ainsi argumenta Pierre Forain qui, par l'intermédiaire de son avocat, détruisit tout l'échafaudage bâti par la partie adverse.

Malgré ces raisons péremptoires, la Cour déclara le mariage nul et l'enfant fut considéré comme adultérin. Ce fut l'origine d'une tradition néfaste pour notre institution. Quoi qu'il en soit, cette célèbre affaire constitue une des plus importantes de l'Ancien Droit français. Elle fut confiée à la troisième chambre des Enquêtes et occupa quarante audiences (15). L'avocat général Bignon parla pendant huit séances de deux heures. « On admira sa mémoire dans le récit des faits presque infinis, sa netteté dans leur déduction, la pénétration de son esprit dans la découverte des circonstances décisives, et cette douce éloquence qui persuade toujours agréablement quand elle est jointe à une grande politesse comme la sienne » (16).

63. — La même Cour, dans une autre affaire, non moins célèbre, dans l'affaire Fiorelli, entraînée par la verve de D'Aguesseau, décida que les enfants nés avant la célébration ne pouvaient être légitimés par le mariage putatif de leurs parents (17). Dans sa quarante-septième plaidoirie, il déclara d'une façon péremptoire, qu' « il n'y a point de loi qui étende si loin le privilège de la bonne foi, de vouloir égaler l'adultère au mariage, et faire naître des enfants capables d'être légitimés dans l'adultère, comme elle les fait naître légitimes dans le mariage contracté de bonne foi. La loi, disait-il, ne feint point de choses impossibles ». Domat lui-même avait dit : « Fictum est id quod factum non est fieri potuit » (18).

64. — Ce procès, comme le précédent, révélait de nombreux faits qui, à eux seuls, étaient suffisants pour dénier au mariage toute faveur. Aussi ne comprenons-nous pas bien pourquoi les avocats

(14) La l. 15 *singularia quaedam Cod. de rebus creditis*, admet deux fictions dans un même acte ; la loi de *testamentis ordinariis*, Inst. § I, admettait à son tour trois fictions.

(15) Brodeau, *op. cit.*, n° 13 ; *Journal du Palais*, *loc. cit.*

(16) *Journal du Palais*, *op. cit.*, p. 519.

(17) D'Aguesseau, *Œuvres complètes*, tome IV, 47e plaidoirie.

(18) L'affirmation de d'Aguesseau, tout en étant juste en elle-même, n'est pas à l'abri de tout reproche, parce que, s'il est vrai que la loi ne peut vouloir des choses impossibles, il n'est pas moins certain qu'elle peut rendre possibles des choses primitivement impossibles.

des parties et les magistrats eurent recours à l'argument subsidiaire qui consistait à dénier au mariage putatif, dans tous les cas, le pouvoir de légitimer les enfants. Voici d'ailleurs les faits dans leur ordre chronologique. Le comédien Tiberio Fiorelli épousa Laurenza Isabella par *acte notarié,* à Florence en 1659. De ce mariage naquit un fils appelé Silvio. Avant la mort d'Isabella, en 1687, de laquelle Tiberio vivait séparé, ce dernier eut des rapports adultérins avec une deuxième femme. Une fille naquit de ces rapports illicites. A la mort d'Isabella, il désavoua d'abord cette enfant, puis, saisi de remords, il rétracta son désaveu. Quelle ne fut pas sa surprise, lorsqu'il s'aperçut qu'il était plus facile de désavouer un enfant que de reconnaître comme sien l'enfant conçu alors que les liens d'un précédent mariage n'étaient pas encore brisés. Par cette relation volontairement écourtée, nous nous rendons compte qu'il ne convenait guère, en l'espèce, d'invoquer le bénéfice de la putativité. Il n'est pas étonnant que les effets du mariage putatif aient été refusés dans cette hypothèse aux enfants nés avant la célébration. Seulement il est regrettable que les magistrats aient cru nécessaire de faire appel à la prétendue inefficacité de la bonne foi, alors que celle-ci, ainsi que les conditions de la célébration et de la juste cause d'erreur, faisaient totalement défaut.

65. — Si nous considérons maintenant d'une façon plus particulière l'avis émis par la doctrine, sur cette question épineuse, nous constatons que les détails manquent. Il est excessif de vouloir déduire une opinion dans un sens ou dans l'autre des rares passages des auteurs, qui se réfèrent plus particulièrement à la légitimation par mariage subséquent régulier. C'est ainsi que nous interprétons le passage de Guy Coquille (19), qui dit, d'une façon formelle, que la première condition pour effectuer la légitimation est que la femme ne se soit pas abandonnée à plusieurs, sinon il serait injuste de légitimer un enfant dont on ignore le père. La deuxième condition, poursuivait-il, est que les parents se trouvent libres de se marier entre eux, au moment de la conception de l'enfant. Et il concluait en disant qu'il n'est pas possible d'admettre la légitimation des enfants adultérins et incestueux. (V. cep. *Journ. du Palais,* tome I, p. 496 et s.).

(19) *La Coutume de Nivernois,* chap. XXVIII, § 1.

Or, c'est précisément de ce principe que la doctrine déduisait arbitrairement que le mariage putatif ne peut légitimer les enfants nés auparavant, en raison de ce fait qu'ils sont nés d'une conjonction illicite. Les parents, disaient-ils, ont commencé par commettre un crime, il est juste et équitable de leur imputer tout ce qui leur arrive (20). Parfois, ils allaient plus loin, et leurs raisonnements devenaient de plus en plus critiquables. Ils invoquaient, pour priver ces enfants des effets de la putativité, la maxime romaine « quod nullum est nullum producit effectum » (21).

66. — L'avis de Pothier ne différait en rien de celui de ses prédécesseurs et de ses contemporains. Nous trouvons, non sans regret, chez ce grand auteur, la trace des raisonnements déviés que nous avons rencontrés dans la jurisprudence et dans les ouvrages de ses devanciers. Et ce qui, à notre avis, est le plus regrettable, c'est qu'il ne se contenta pas de proposer ses solutions pour les hypothèses qui s'étaient présentées dans les espèces ci-dessus mentionnées, mais il en élargit considérablement la portée, en restreignant, d'une manière générale, les effets de l'institution. La bonne foi, disait-il, peut parfaitement rendre légitimes les enfants nés d'un commerce régulier ; mais elle est inopérante pour légitimer les enfants (sans préciser de quelle sorte) que les parents ont eus auparavant. Il en décidait ainsi, sous prétexte que le commerce, dont ils étaient nés, était toujours illicite et criminel. Et plus encore, il prétendit fonder son raisonnement sur une analogie malheureuse avec la solution donnée à l'affaire Jean Maillard, par la Cour de Paris. Or, nous connaissons assez les faits qui caractérisent cette espèce, pour qu'il nous soit permis, à supposer qu'une telle décision eût été motivée en droit, de nous refuser à admettre l'analogie des solutions, à raison des différences profondes qui séparent les hypothèses.

L'autre exemple, cité par Pothier, est encore moins concluant. Il s'agit de la femme qui épouse un religieux en ignorant le véritable état de son mari. Les enfants, qu'ils ont eus avant leur mariage, ne peuvent, nous dit-il, être sauvés par la bonne foi de leur mère. C'est que celle-ci, toute ignorante qu'elle pût être, ne pou-

(20) D'Aguesseau, *op. et loc. cit.*

(21) L'Auteur des *Lois ecclésiastiques*, part. III, chap. V., *du Mariage*, art. 40 ; Le Brun, *Tr. des Succ.*, liv. I, chap. II, sect. I, disc. I, n° 14 ; Fachinus, *Controversiarum iuris*, liv. III, chap. 55.

vait ignorer qu'elle commettait une fornication. Le plus surprenant, est qu'il admettait que cette fornication pouvait être purgée dans le mariage, alors que nous savons que le mariage putatif exclut par définition le mariage. Aussi, il nous est facile d'apercevoir que son argument principal n'était pas aussi fort et consistant qu'on aurait pu penser, et qu'il se détruisait par lui-même (22).

Du fait que Pothier considérait le concubinage comme un vice trop considérable pour être purgé par la bonne foi, son excès de zèle le poussa, comme il est naturel, à refuser d'admettre la légitimitation de l'enfant dont la conception était adultérine, mais dont la naissance se plaçait à une époque où ses parents étaient libres de se marier, du fait de la disparition du conjoint qui faisait primitivement obstacle à leur union (23).

67. — Cependant, si l'opinion dominante, telle qu'elle se reflète dans les sentences des Parlements et dans les ouvrages des auteurs de l'Ancien Droit français, considérait que la bonne foi ne pouvait sauver la condition des enfants qui étaient nés avant la célébration, il n'en reste pas moins que l'on peut rencontrer, parmi les monuments jurisprudentiels, des exceptions appréciables (24).

Parmi les exemples qui nous ont été conservés par les commentateurs, citons tout d'abord l'espèce dont fut saisi le Parlement d'Aix (25). Par un arrêt du 6 juin 1676, il décida que les enfants qu'une femme mariée avait eus d'un autre homme que son mari, pendant l'absence de celui-ci, devaient être considérés comme légitimés par le mariage subséquent de leurs parents, contracté après la mort du premier mari. Et, ce qui est mieux, le commentateur généralisant le principe posé par cette espèce déclare, tranchant toute une discussion stérile, que la légitimation des enfants d'une concubine est toujours possible, si la bonne foi existait, au moins de la part de l'un des époux (26).

---

(22) Pothier, *Contr. de mariage*, n° 441.

(23) *Tr. des Succes.*, chap. I, sect. II, § V, Quest. 1.

(24) Ce qui prouve la fausseté de l'avis émis par certains auteurs qui prétendaient que la thèse affirmative était propre aux auteurs ultramontains.

(25) Le Brun, *Tr. des succes.*, Liv. I, chap. II, sect. I, disc. I, n°s 8 et 13; *Journal du Palais*, part. V. p. 209 ss.

(26) Il est juste de mentionner que le Parlement d'Aix invoqua aussi en sa faveur le chapitre *Tanta vis, qui filii sunt legitimi*. Sarmiento, *Select. interp.*, lib. I, cap. 5, n°s 10-11. V. Ferrières, *Coutumes de Paris*, art. 318, § 2, *de la Légitimation par mariage*, p. 821, n° 4 ss.; Argou, *Institution*, tome I, p. 257 ss.; Charondas, *Réponse et*

L'exemple rapporté par Le Prêtre est encore plus remarquable, puisque contrairement à l'usage, un mariage célébré *in extremis* est considéré comme nul, alors que les enfants nés des époux avant le mariage sont légitimés par le mariage subséquent de leurs parents. Le Prêtre ajoute que *ces enfants sont plutôt légitimes, que légitimés* (27).

Ces enfants jouissaient évidemment des mêmes droits que les enfants légitimés par mariage subséquent valable (28). Ils étaient compris dans la substitution des enfants nés d'un mariage valable et ils pouvaient demander un partage égal, en concours avec les enfants légitimes (29). Enfin, les auteurs et les Parlements s'accordaient pour leur reconnaître des droits à la légitime, appartenant aux enfants légitimes (30).

Section III

EFFETS PRODUITS PAR LE MARIAGE PUTATIF QUANT AUX EPOUX

68. — Une question qui a préoccupé à bon droit les auteurs modernes est celle de savoir quels bénéfices les époux tiraient du mariage putatif dans l'Ancien Droit. Il est évident que l'on ne peut raisonner d'une façon générale, et qu'il faut établir une distinction entre l'époux de bonne foi et l'époux qui a connu l'empêchement et qui, peut-être, a provoqué l'erreur de son conjoint.

Lorsque la femme avait été de bonne foi, le droit de porter le nom de son mari lui était reconnu et, si celui-ci mourait, elle

---

décisions du Droit françois, liv. XII, chap. XVI, qui sont du même avis ainsi que l'éditeur des œuvres de Le Brun (*op. et loc. cit.*). Contre : Espiard (cité par Le Brun, *op. et loc. cit.*).

(27) *Questions notables de Droit et Traité sur les mariages clandestins*, cont. II, chap. VII, arrêt 29 mars 1599.

(28) Le Brun, *op. et loc. cit.*, nos 13, 17 ss., arrêt du 10 mai 1583, rapporté par Luc au titre, *De fidei haered. I*, no 18

(29) Arrêts de la succession de la maison de Foix de 1558, du 30 mai 1647, au Journal des Audiences, liv. V, chap. 18, 20.

(30) Arrêt du 9 août 1639, Brodeau sur Louet, *Recueil, eod.*, vol. 2, no 7, art. 3, Cpr. Bérault, *La Coutume... de Normandie*, art. 275.

pouvait se prévaloir de la qualité de veuve (1). Remarquons que, même dans ce cas, la femme n'imposa jamais son nom aux enfants, qui prenaient celui du père, même si celui-ci avait eu connaissance de l'empêchement. Cette règle visait sans doute à mieux assimiler les enfants nés d'un mariage putatif aux enfants issus d'un mariage régulier.

De plus, contre l'époux « ignorant », aucune accusation d'adultère ne pouvait être portée, ni par le prétendu époux, ni par le véritable époux ; par exemple l'absent, rentrant chez lui, était à coup sûr débouté de son action (2).

69. — En ce qui concerne les biens, l'époux de bonne foi avait droit à la succession de son conjoint, mais la réciproque n'était pas vraie (3). Il en était de même pour toutes les conventions matrimoniales que les époux avaient pu stipuler, en leur faveur, lors du mariage (4). La femme de bonne foi pouvait invoquer ces conventions à l'égard de tous les ayant-cause du mari et particulièrement contre ses héritiers, ainsi que contre celui-ci de son vivant. C'était en vain qu'ils eussent voulu se prévaloir de la nullité de l'acte, puisque la cause de la nullité ne résidait nullement dans la conduite de la femme, mais dépendait « uniquement du mari » (5).

D'une façon plus générale, les auteurs de l'Ancien Droit pensaient que si les prétendus époux sont incapables de recueillir les libéralités qu'ils s'étaient faites entre eux, lorsque le mariage est nul, il y a lieu, par contre, de les maintenir au profit de l'époux ayant ignoré l'empêchement. Cet argument semble, d'après l'étude des textes anciens, se rattacher plutôt à la pratique du Droit Romain qu'aux lois de l'Eglise (6). Les auteurs pensaient que c'était à tort que l'on aurait pu songer à vouloir appliquer la condition « si nuptiæ sequantur », laquelle, sans doute, ne s'était pas réalisée dans le vrai sens du mot. Mais, ajoutaient-ils, la

---

(1) V. *suprà*, n° 41 *in fine*, aff. Labbé.
(2) Aff. Jean Maillard, *suprà*, n°s 62-62 bis.
(3) Pothier, *Int. au tit. des succes.*, édit. Bugnet, tome I, § 2, n° 13, p. 486-487.
(4) Pothier, *Contr. de mariage*, part. V, chapitre II, art. 2, p. 437-439; *Journal des Audiences*, tome IV, liv. VIII, chap. I, arrêt du 22 janvier 1693, statuant dans l'hypothèse d'un religieux profes. Aff. Jeanne Foubert.
(5) Arrêt cité.
(6) Furgole, *Traité des testaments*, tome I, chap. IV, sect. II, n° 89, p. 416. Cpr. Lois 4 et 6, C. *de incestis et inutil. nuptiis.*

bonne foi des époux, ou de l'un d'eux, la suppléait, et elle doit être supposée (7).

L'influence de l'époux de bonne foi s'était faite aussi sentir, à propos de la révocation des donations faites sous condition « si fine liberis ». Mais les avis des auteurs sont partagés. Certains, tout en accordant aux enfants nés d'un mariage putatif le pouvoir de faire défaillir cette condition, à l'instar des enfants légitimes, n'acceptent cette règle que dans le cas tout particulier où les deux époux sont de bonne foi. Parfois, ils se contentent de la condition que celui des époux, qui a fait la libéralité, ait été de bonne foi. Mais ils excluent l'hypothèse où c'était précisément cet époux qui avait été de mauvaise foi. Car l'époux qui a commis le dol, disaient-ils, ne saurait jamais se prévaloir de la situation des enfants, ni de l'état favorable de son conjoint (8). Dans ce dernier cas, il serait injuste de faire défaillir la condition et d'avantager celui qui a connu l'empêchement ; ce qui aurait pour résultat d'irriter la règle de droit, aux termes de laquelle : « Nemo ex suo delicto meliorem conditionem facere potest » (9). Cependant, les anciens auteurs faisaient une distinction entre les enfants légitimes et les enfants putatifs, lorsque les clauses de la libéralité stipulaient que pour faire défaillir la condition, il fallait l'existence de « enfants nés d'un vrai mariage » (10).

70. — Dans la voie de l'assimilation de la femme putative à la femme légitime, les anciens auteurs pensèrent que la femme putative avait le droit de conserver son douaire. Pour justifier ce résultat, ils invoquaient les mêmes raisons que pour maintenir, en sa faveur, les conventions matrimoniales (11). A cet égard, l'Ancien Droit français se refusa à suivre la pratique romaine telle qu'elle nous a été transmise par Cassius : « Et si maritus putavit esse sibi matrimonium quam non esset, *usucapere* eum non posse, quia ei dos nulla sit ». L'opinion de Pothier était que quoique ce mariage devait être tenu pour nul, il n'en devait pas

(7) Pothier, *op. et loc. cit.*
(8) Jacques Ferrières, *Traités divers*, p. 348.
(9) L. 134, § I, *de regul. jur.* Dans ce sens, Furgole, *Traité des testaments*, tome II, chap. VII, sect. VI, nos 178-179, et l'arrêt du 24 juillet 1628, mentionné par lui p. 435. Le Prêtre, *Questions notables de Droit et Traité sur les mariages clandestins*, cent. II, chap. VII, arrêt 29 mai 1599.
(10) Furgole, *Traité des testaments*, tome II, chap. VII, sect. VI, nos 178-179.
(11) Pothier, *op. cit.*, no 438.

moins produire les effets d'un mariage valable, y compris la dot (12).

La dot que le mari putatif avait reçue de sa femme était, selon l'avis de Pothier, une véritable dot, qui lui avait fait acquérir la propriété des choses que la femme lui avait données en dot. Il s'ensuivit qu'il était à même d'acquérir par prescription celles dont il la croyait propriétaire, quoiqu'elle ne le fût pas. Lorsque l'erreur du mariage venait à être reconnue, la dot devait être rendue par le mari, de la même manière que dans le cas d'un véritable mariage, la dot est rendue à la femme après sa dissolution.

Mais la délivrance du douaire devait-elle avoir lieu lors de la dissolution du mariage et du vivant du mari, ou au contraire ce droit ne s'ouvrait-il qu'à la mort de ce dernier, conformément à la maxime « Jamais mari ne paya douaire » ? (13). C'est, à n'en pas douter, une question délicate, que ni les auteurs ni la jurisprudence, telle qu'elle nous a été conservée, nous permettent de résoudre d'une façon péremptoire. Nous n'avons donc que la méthode déductive pour parvenir à la solution. L'adage cité par Loysel n'était pas sans exception, comme nous le prouve la pratique de la Coutume de Nivernais (art. 6, tit. 20), qui statue en cas de bannissement ou absence du mari sur le droit pour la femme de se « pourvoir par justice pour avoir et recouvrer par provision son dit douaire ». Sans doute, comme on l'a remarqué (14), cet article visait en outre une hypothèse qui n'est pas la nôtre : celle où le ménage vient à pauvreté évidente par mauvaise administration du mari. Mais il n'en reste pas moins, pensons-nous, que la dérogation à la règle mentionnée par Loysel doit être considérée comme d'autant mieux applicable à notre matière que, parmi les exemples concrets que cite la Coutume, nous rencontrons deux situations qui ont le plus souvent fourni à la théorie du mariage putatif l'occasion de s'appliquer, dans l'Ancien Droit. Nous entendons par là : l'absence et le bannissement.

Mais nous nous gardons bien de vouloir conclure de cette prémisse dérogative à une généralisation s'étendant aux autres Coutumes, alors surtout que Pothier nous dit nettement que cette

(12) *Traité de la prescription*, part. I, chap. III, § 4, du titre *Pro dote*, n° 72, édit. Bugnet, tome IX, p. 341-342.
(13) Loysel, *Instit. cout.*, liv. I, tit. III, max. 6.
(14) Gaudemet, *Du mariage putatif et de ses effets*, thèse, p. 62.

pratique, en cas d'absence ou de bannissement, était ignorée dans les autres monuments coutumiers (15). Mais, bien entendu, lorsqu'il déclare que le droit pour la femme « n'est ouvert que par la mort naturelle du mari et la survie de la femme », il se réfère exclusivement à l'hypothèse d'un mariage régulier. Par contre, lorsqu'un peu plus loin, il parle de la pratique des tribunaux consistant à adjuger à la femme, sur les biens du mari absent ou banni, une pension viagère en attendant l'ouverture normale du douaire, il fait allusion, à n'en pas douter, à des cas similaires aux nôtres (16). Nous croyons aussi pouvoir trouver un argument contre l'ouverture immédiate du douaire, en cas de mariage putatif, dans le fait que Pothier reconnaît à la femme de bonne foi le droit à la restitution de sa dot, immédiatement après avoir mentionné le maintien en sa faveur des conventions matrimoniales (17). Or, nous savons que le bénéfice de la putativité n'eut jamais aucun effet sur la date de réalisation de ces dernières. La réalisation des conventions matrimoniales avait lieu à l'époque fixée par les Ordonnances (gains de survie), ou aux termes stipulés par les prétendus conjoints dans leur contrat de mariage. Bref, si la putativité avait pour effet le maintien de ces conventions en faveur de l'époux de bonne foi, elle n'influençait nullement la date normale de leur réalisation. Il faut décider de même, pensons-nous, quant à la délivrance du douaire.

D'autre part, il ne manque pas d'auteurs qui se sont montrés à cet égard plus précis que Pothier. D'après ces derniers, en cas d'absence notamment, la délivrance du douaire n'avait lieu qu'au bout d'une année, à partir du jour de la disparition du mari. La femme pouvait se remarier et en même temps retirer son douaire (18).

71. — Des complications toutes spéciales surgissaient dans la détermination de la part successorale de la femme putative, lorsque la succession du défunt devait être partagée avec d'autres femmes putatives ou avec la femme légitime du même mari. L'expérience prouva que ce n'était pas une simple fantaisie, que

---

(15) *Coutume d'Orléans*, tit. XII, n° 55
(16) Gaudemet, *op. cit.*, p. 63.
(17) *Contr. de mariage*, part. V, chap. II, art. 2, n° 438.
(18) Soëfve, *Nouveau recueil de plusieurs arrêts notables tant de droit que de coutumes*, arrêt du 14 mai 1647, tome I, cent. II, chap. 20.

cette hypothèse où « chaque femme est obligée de lui donner son cœur et elle n'aura qu'une part dans le sien » (19). Plusieurs arrêts, que nous avons rapportés ci-dessus, mettent en évidence que ce fut un cas qui se présenta beaucoup plus souvent qu'on ne serait tenté de le croire (20).

Bornons-nous à citer, dans cette partie, les termes de la solution donnée par les Parlements à une espèce particulièrement délicate, où un mari se trouva, au moment de sa mort, avoir épousé deux femmes putatives, après son mariage légitime (21). Voici d'ailleurs le résumé des faits. Le mari, père de deux enfants, abandonne sa famille et va se remarier au loin, sous un faux nom. Cet abandon fut suivi d'un deuxième et troisième mariage ; ce qui s'explique grâce à divers expédients, dont il préparait minutieusement les plans. Ses acquêts augmentèrent à chaque nouvelle union qu'il contractait, ce qui donne à penser au chroniqueur que l'on aurait pu croire que le ciel voulait bénir sa mauvaise conduite. Quoi qu'il en soit, il laissa, à son décès, une fortune appréciable qui fût âprement disputée par les trois femmes qu'il laissait et par les enfants qu'il avait eus de chacun de ces mariages. Les femmes putatives invoquèrent contre les enfants légitimes du premier lit (leur mère était déjà morte) leur bonne foi au jour de leur mariage. Ajoutons que la succession se composait exclusivement de meubles et conquêts. Inutile de dire que les enfants légitimes ripostèrent en se prévalant de la nullité des autres mariages de leur père, et partant, ils rejetaient l'existence de dot, de douaire et de communauté autres que ceux qui avaient existé entre leur père et leur mère.

« L'arrêt, dit Charondas, attribua aux enfants du premier lit, comme héritiers de leur mère, la moitié de tous les biens que comprenait la communauté à l'époque du second mariage, et à chacune des femmes la moitié des meubles et conquêts faits pendant leur cohabitation ; et les enfants de ces dernières reçurent à titre de succession la part du mari dans chacune de ces trois communautés ».

Cet arrêt est d'autant plus remarquable, que la date à laquelle il remonte est fort ancienne. En outre, son mérite tient à son

(19) Raviot, *Arrests notables du Parlement de Dijon*, tome I, quest. 41.
(20) V. *suprà*, aff. Labbé, nos 39 et 41.
(21) Charondas, *Réponses et décisions du droit françois*, liv. VIII, rép. XVII, p. 368-369, arrêt du 7 juillet 1584.

extrême simplicité, puisqu'en résumé il se borne à considérer les divers mariages comme autant de sociétés successives, prenant fin, chacune, à l'époque où commence celle qui la suit immédiatement (22). Aussi, il n'est pas étonnant que ce soit ce système qui semble avoir été dominant dans la pratique du droit coutumier (23).

72. — En maintes occasions, nous avons fait remarquer la nature instable et changeante de la condition de la bonne foi, mobilité qui tenait à la méthode d'appréciation dont se servaient les anciens juges. Or, c'étaient les époux qui étaient le plus exposés à se voir retirer les bénéfices et les privilèges qui ne leur avaient été accordés qu'en raison de leur bonne foi. Nous nous attacherons, ici, à un cas particulier : **celui de l'absence.**

A propos de la juste cause, nous avons indiqué les caractéristiques que l'absence devait revêtir, pour être considérée comme excusant la faute de l'époux qui se remariait sans attendre le retour de son conjoint (24). Examinons ici plus particulièrement les troubles provoqués à l'intérieur du nouveau ménage par la réapparition de celui qu'on croyait mort, à raison de la présentation d'un faux certificat.

Si c'était la femme qui s'était remariée, elle devait quitter son deuxième mari, pour rejoindre son conjoint revenu, malgré sa bonne foi et l'existence d'enfants de son deuxième mariage (25). Sinon, elle était considérée comme adultère, et les enfants conçus dès cette époque étaient considérés comme entachés d'un vice, qui les excluait de toute succession (26).

Ce n'était pas tout. Grâce à un arrêt du 8 décembre 1648, qui nous a été conservé par Brodeau (et où plaida son propre fils), il nous est permis d'affirmer que ce mariage devait être considéré comme nul, ainsi que toutes les conventions matrimoniales en dépendant (27).

Se basant sur les principes légués par les Romains (Lois 4 et 6,

---

(22) V. *infrà*, nos 238-240, Adde Gaudemet, *Du mariage putatif et de ses effets*, Thèse, p. 128-129.

(23) Nouveau Denizart, V. *Bonne foi*, tome III, § 3, no 3, p. 614.

(24) V. *suprà*, no 51.

(25) Brodeau, *Recueil*, tome II, liv. 14.

(26) *Novelle*, 117, *cap.* 2 ; Godefroy, *Novelle*, 117, *cap.* 2 ; Léon Pape, *Epitre* 77, ép. I, à Niceto d'Aquilea; Canon « *cum per bellicam* » 34; Le Prêtre, *Questions notables de Droit et Traité sur les mariages clandestins*, cent. I, chap. I.

(27) Brodeau, *op. et loc. cit.*

C. *de incestis et inutilib. nuptiis*) les auteurs déclarent que de tels époux sont incapables de se faire des libéralités valables. La découverte de l'erreur, notamment par le retour du conjoint absent, semble avoir déterminé les auteurs à refuser toute faveur au conjoint de l'absent ainsi qu'à son nouvel époux et à créer contre eux une forte présomption de connaissance de l'empêchement qui faisait obstacle à leur vie commune (28).

(28) Furgole, *Traité des testaments*, tome IV, chap. IV, sect. II, n° 89, p. 416.

DEUXIÈME PARTIE

Le Droit français moderne

INTRODUCTION

« Le texte est toujours là; mais il est devenu sans force et sans vie ». Duguit, *Les transformations générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon*, p. 3-4.

73. — Le principe du mariage putatif, légué par l'Ancien Droit français, était présent à l'esprit des rédacteurs du Code Civil. Comme cette institution était entrée dans les mœurs et que les Parlements n'avaient jamais hésité à en faire application, on ne pouvait pas la passer sous silence lors de la rédaction du Code. Mais les auteurs du Code de 1804 ne se contentèrent pas d'accueillir le principe dans l'état où il se trouvait dans l'Ancien Droit, ils voulurent transformer le cadre juridique dans lequel le mariage putatif devait désormais évoluer. Ces réformes, il faut le reconnaître, étaient imposées par les changements de structure que le législateur opéra dans la matière du mariage, notamment en ce qui concerne les conditions extrinsèques.

Quoi qu'il en soit, dès le Projet Préliminaire présenté par le Tribunal en 1803, l'institution attira l'attention des auteurs du Projet qui lui accordèrent, dans les textes, une place sensiblement analogue à celle qu'elle devait occuper dans la rédaction définitive du Code. Mais, lors de la discussion, elle parut au Conseil d'Etat beaucoup plus importante qu'elle n'avait semblé à la Commission chargée par le Premier Consul de l'élaboration du Code. Celle-ci avait jugé suffisant de lui consacrer un article unique, divisé en deux alinéas, dont les termes étaient d'ailleurs tout à fait conformes à ceux du Code actuel. Sous cette forme étriquée,

les textes relatifs au mariage putatif risquaient d'avoir leur portée réduite à un simple énoncé de principe, destiné à passer presque inaperçu. Mais l'intention du législateur était toute autre. Il convertit l'art. 50 du Projet Préliminaire, qui renfermait les conditions et les effets attribués au mariage putatif, en deux textes distincts, qui trouvèrent une place plus importante, dans les articles 201 et 202 du C. C. Par là, pensons-nous, le législateur s'est montré plus éloquent qu'il n'aurait pu l'être en épiloguant longuement sur l'importance qu'il désirait donner à l'ancien principe canonique.

Mais, à mesure que le temps passe et que la vie, avec ses réalités, se charge de déjouer les meilleures intentions, la formule du Code, qui a pu paraître suffisante à l'époque, se révèle, de nos jours, trop étroite et trop modeste. Et même, un grand nombre des questions qui, déjà au temps de la rédaction du Code Civil, faisaient l'objet de maintes controverses parmi les auteurs, furent, à ce qu'il semble, volontairement négligées par ces articles. Or, il n'y a rien de plus pernicieux pour alimenter les discussions des interprètes et, partant, pour susciter les hésitations de la jurisprudence, que le silence du législateur, s'interprétant comme une référence à la tradition, surtout lorsque, comme en notre matière, la tradition est pleine de divergences. Heureusement la vie juridique n'a pas cessé, depuis la rédaction du Code, d'exercer une action stimulante sur la théorie du mariage putatif, théorie qui se développe continuellement, malgré les contradictions flagrantes qu'elle apporte aux principes les plus fermement établis dans la matière du mariage. C'est la meilleure preuve que l'on puisse donner du bien fondé juridique d'une institution.

74. — Voici les termes dans lesquels le législateur consacre la théorie. Article 201 : « Le mariage *qui a été déclaré nul produit* néanmoins *les effets civils,* tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été *contracté* de bonne foi ». Article 202 : Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux, *et des enfants issus du mariage* ».

Tout d'abord le fait que le législateur ait crû nécessaire de dissocier d'une façon nette et précise, les deux alinéas de l'art. 50 du Projet Préliminaire et d'en faire deux articles distincts, prouve, nous semble-t-il, son intention de poser dans l'art. 201 C. C. le

principe et la règle générale de l'institution et dans l'art. 202 l'exception au principe. Cependant cette exception n'a nullement pour but de restreindre la portée du principe. Au contraire, elle l'élargit, en faisant bénéficier de la faveur de la loi, un plus grand nombre de mariages nuls. Ajoutons d'autre part, et cette remarque est importante pour comprendre la portée définitive du mariage putatif, que s'il faut adopter une interprétation extensive quant aux époux, il n'est pas permis d'adopter une interprétation restrictive quant aux enfants, sous prétexte que la rédaction de l'art. 202 *in fine* semble différer de celle de l'art. 201, qui contient le fondement général de l'institution.

75. — Depuis la rédaction du Code Civil, ces deux articles n'ont jamais été l'objet, à notre connaissance, d'aucun projet de réforme. Dans les années qui suivirent la rédaction du Projet primitif, la Cour de Cassation, ainsi que les Cours d'Appel, furent invitées par le Gouvernement, à émettre leur avis sur les textes projetés, ainsi que sur les réformes nécessaires à adopter. Or, grâce à la simplicité et à l'apparente clarté de l'art. 50, dont les termes, nous le répétons, sont les mêmes que ceux des articles 201 et 202 du C. C., le principe du mariage putatif passa inaperçu, ou, tout au moins, ne parut mériter aucun commentaire spécial. La responsabilité de cet effacement incombe aux rédacteurs du Code, qui se sont laissés absorber par la doctrine du divorce, plus que par celle de la nullité du mariage. De là, l'inégalité des développements qu'ils consacrèrent à ces deux institutions. Or, le sort du mariage putatif était lié aux règles sur la nullité du mariage. L'expérience de plus d'un siècle passé dans d'interminables discussions s'est chargée de montrer le côté faible du point de vue des rédacteurs du Code. L'admission du divorce dans une législation, pour morale et juridique qu'elle puisse être, n'entraîne pas nécessairement une diminution considérable du nombre des nullités. D'autre part, il est toujours bon de différencier avec le plus grand scrupule les règles juridiques se rattachant à l'un ou à l'autre de ces principes, afin de mieux les adapter aux besoins variés et multiples de la vie conjugale. Il n'est pas douteux que ce sont les règles ayant trait à l'annulation qui touchent de plus près à l'essence du mariage. Opérant sur deux terrains distincts, l'annulation du mariage et le divorce ne doivent pas être confondus, ni dans leurs causes ni dans leurs effets. C'est cette confusion, précisément,

que l'on remarque dans les législations, s'inspirant du Droit canonique, qui se refusent encore de nos jours à accepter le divorce. Le législateur français eut le mérite, le premier, de l'éviter, mais il ne sut se dégager de l'attrait qu'offrait le champ du divorce presque inexploré à cette époque. La jurisprudence démontre cependant que les cas de nullité sont encore assez nombreux en France et méritent que l'attention du juriste s'arrête à leur analyse et à leur étude. La théorie du mariage putatif est au centre de toute investigation doctrinale sur les causes de nullité du mariage. Mais elle déborde celles-ci, pour se replier sur la situation qui résulte du divorce pour les conjoints et les enfants. La dissolution du mariage par la mort naturelle de l'un des époux offre de son côté maintes ressemblances avec le mariage putatif.

76. — La portée de la théorie du mariage putatif est aussi vaste que celle du mariage, mais ce qui lui donne son aspect typique, c'est le rôle de contradicteur, dont le législateur a voulu la marquer. A cet égard, il est exact de dire que la théorie du mariage putatif n'est pas constructive comme la plupart de celles qui sont contenues dans le Code Civil, mais au contraire éminemment destructive. Chaque fois qu'elle agit dans la vie juridique des individus, chaque fois qu'elle confère un effet du mariage, nous pouvons être certains qu'elle n'arrive à ses buts qu'en foulant aux pieds des principes et des règles qui, dans la plupart des Codes modernes, passent pour sacrés et inébranlables. Il n'est pas sûr que le législateur français, en accueillant le principe de la putativité, ait songé aux contradictions flagrantes et aux inextricables problèmes qu'elle provoquerait un jour, dans presque toutes les branches du Droit Civil. Quoi qu'il en soit, malgré toutes les illogicités qu'elle présente, lorsqu'on se place au point de vue de la législation en vigueur, cette théorie offre, lorsque la doctrine s'efforce de l'asseoir sur des principes solides, tel que le consentement des époux au mariage et non la croyance qu'ils ont pu avoir dans la validité de l'acte qu'ils contractaient, un aspect nouveau, que nous tenons à signaler à la pensée juridique progressiste.

77. — Une dernière observation. Si les textes des articles 201 et 202 restent inchangés depuis plus d'un siècle, échappant à l'œuvre transformatrice du législateur, il n'en est pas de même de leur esprit. Sous l'impulsion des troubles que la guerre occasionna dans

la vie sociale du pays, le législateur s'est vu contraint de faire abstraction du principe énoncé par son devancier de 1804. Par la loi du 25 juin 1919, il décida que les enfants nés du deuxième mariage du conjoint de la personne déclarée absente, conformément aux dispositions de la dite loi, seraient réputés légitimes malgré le retour du premier mari (1). Quoique l'interprétation de cette loi ait fait l'objet de maints commentaires, le sens exact des dispositions qu'elle contient échappe à une démarcation nette et précise. Un fait semble cependant acquis, c'est que la condition de bonne foi, qui joue un rôle prépondérant dans les articles 201 et 202, est passée sous silence par le législateur de 1919. Il s'ensuit que les enfants seront réputés légitimes, alors même que les parents seraient tous les deux de mauvaise foi. Devant les intérêts sociaux qui commandent la restriction du nombre des enfants naturels et le désarroi semé dans les foyers par quatre années de guerre, le vieux cadre juridique a dû être brisé et remplacé par un autre qui répond mieux aux besoins immédiats (2).

C'est la destinée immanente des Codes et des Lois positives. Ils peuvent subsister intacts dans leurs textes rigides, mais sous la pression exercée par les faits matériels et les besoins pratiques, se forment constamment des institutions juridiques nouvelles. Le législateur, lié par une tradition plus que séculaire, hésite toujours à rejeter les principes établis, au moins d'une façon catégorique, alors même que les événements le portent à y apporter des brèches. Sans doute, en observant cette nouvelle conduite, le législateur de 1919 songea à la foule des facteurs nouveaux et à leur caractère exceptionnel. Il n'en reste pas moins que si tous les principes peuvent comporter des exceptions, c'est à condition qu'elles ne sapent pas le fondement de droit sur lequel ils sont assis. Dans le cas contraire il vaut mieux écarter la règle devenue gênante et source de divergences d'interprétation dans la jurisprudence (3).

---

(1) Dalloz, *Additions au Dictionnaire pratique de Droit*. V. *Mariage*, n° 49 bis et n° 169 bis; V. *Absence*, n° 52 bis. Loi 25 juin 1919, D. P., 1920, 4, 172, art. 10, § 3.

(2) Rouast, dans Planiol et Ripert, *Tr. prat. de dr. civ.*, tome II, *La Famille*, n° 321, p. 251-252.

(3) Sur toute cette introduction consulter : *Projet de Code Civil présenté par la Commission nommée par le Gouvernement*, le 24 Thermidor, an VIII; *Observations des Tribunaux d'appel sur le projet de Code Civil*, Paris, Brumaire, an X; *Observations du Tribunal de Cassation sur le projet de Code Civil;* Gaudemet, *Du mariage putatif et de ses effets*, thèse, p. 75 ss. Plus particulièrement sur les mérites du Code Civil, *Lettre à M. le Ministre de la Justice*, par F. Laurent, dans le 2e volume de son *Avant-Projet de révision du Code Civil;* Josserand, *Cour de Droit Civil positif français*, tome I, nos 31-51; Coste, *Des effets de la bonne foi sur les mariages nuls et annulés*, thèse, p. 74.

CHAPITRE I

Conditions exigées par le législateur

78. — Une question domine l'étude de notre matière : le Code, en acceptant l'institution, a-t-il entendu conserver le vieux cadre inspiré des principes théologiques ou, au contraire, a-t-il voulu innover, faisant œuvre de réformateur hardi ? Aussi paradoxal que cela puisse sembler, cette question n'admet pas une réponse aussi nette que celle que nous aurions voulu lui donner. Un examen attentif des données dont nous disposons nous permettra cependant de répondre. Si l'on s'en rapporte aux Travaux Préparatoires du Code, on serait tenté de supposer que les anciennes conditions subsistent et continuent à dominer notre sujet. En effet, Portalis même montre sa volonté d'accepter la vieille maxime « adoptée depuis longtemps par nos mœurs » en se refusant d'y changer quoi que ce soit (1). Mais la réalité semble cependant avoir été toute autre. Il suffit de comparer la formule qui nous a été transmise par le Droit Canonique, telle qu'elle se reflète dans la célèbre définition d'Hertius, avec le texte de l'art. 201, pour s'apercevoir qu'il est bien malaisé d'y reconnaître des traces ecclésiastiques (2). Il ne reste qu'un point commun : celui de la bonne foi. C'est l'héritage des Romains qui survit à travers tant de vicissitudes et d'entorses subies à l'époque du Moyen-Age. Par contre, le silence le plus absolu règne sur les conditions de la célébration solennelle et de la juste cause. C'est, à n'en pas douter, une omission tout à fait symptômatique, qui révèle avec toute la clarté désirable les desseins intimes du législateur.

Cependant, nous reconnaissons le bien fondé des hésitations manifestées par certains auteurs, en présence de cette contradiction flagrante, entre le propos émis, lors de la discussion, par un des représentants les plus autorisés de la pensée juridique des rédacteurs du Code, et le principe même de l'institution, tel qu'il se dégage du texte de l'art. 201.

---

(1) Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, Exposé des motifs*, tome IX, p. 174.
(2) V. *suprà*, n° 17.

Mais il ne suffit pas de faire remarquer cette opposition, l'essentiel consiste à rechercher les raisons qui expliquent la disparition des anciennes conditions.

Section I

SORT DES ANCIENNES CONDITIONS

79. — Après la promulgation du Code Civil, les premiers commentateurs furent unanimes à décider qu'il fallait tenir compte, en notre matière, des anciennes conditions canoniques. Notamment, ils se montrèrent intransigeants pour ce qui concernait la solennité et les formalités du mariage (3). D'après eux, le Code Civil n'avait rien ajouté au droit antérieur, en notre matière. Au contraire, à les entendre, il n'aurait fait qu'énoncer un principe général qui appelle pour son application les explications et les principes jadis en vigueur en Droit Canon.

La célébration devant l'officier d'état civil était jugée indispensable, et le mariage, pour pouvoir servir de fondement à la bonne foi, devait avoir reçu une publicité complète. Par contre, le défaut de publications paralysait les effets de l'ignorance dans laquelle les prétendus époux avaient pu, à la suite d'une erreur excusable, contracter mariage.

Une partie de la jurisprudence suivait l'avis de ces interprètes traditionnalistes. La condition de la juste cause d'erreur était inséparablement liée à celle de la célébration, puisqu'on opinait que le défaut de célébration entraînait fatalement le défaut d'une juste opinion d'erreur. En parlant de cette dernière condition, la jurisprudence primitive s'exprimait ainsi : « *que* (*l'erreur*) *n'est pas* (*excusable*) *dans celui qui ne connaissait pas l'empêchement, mais dont le mariage n'a pas été célébré avec les formalités requises pour sa validité* » (4). Hâtons-nous de dire qu'il ne semble pas résulter de la lecture de cette jurisprudence, telle qu'elle se

(3) V. Merlin, *Répert.*, V. *Légitimité*, sect. I, § I, n° 7; Toullier, *Le Droit Civil français*, tome I, tit. V, sect. III, n° 665; Proudhon, *Cours de Droit français*, tome II, p. 2; Vazeille, *Traité du mariage*, tome I, chap. VI, n°s 272 ss.; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, tome I, n° 349, p. 223.

(4) Aff. Maynard, Poitiers, 7 juin 1845, S., 1845, 2, 215.

reflète dans les arrêts de l'époque, que la condition de la célébration ait été exigée dans un souci de prosélytisme laïc. Si l'accomplissement des formalités, et en particulier les publications régulières, était requis, c'était en somme, parce que l'omission de cet accomplissement faisait toujours préjuger la mauvaise foi des époux. « *Les contractants,* nous dit la Cour d'Appel de Poitiers, *par l'omission volontaire des publications prescrites par la loi, ont négligé les précautions qui pouvaient le mieux les mettre sur la voie de l'empêchement ; qu'il est évident en effet que... ils ne peuvent pas alléguer qu'ils avaient la juste opinion qu'ils contractaient licitement* » (5). Dans ces circonstances, l'existence de la condition de bonne foi, de son côté, est pratiquement indémontrable (6).

Certains auteurs se montrèrent encore plus perspicaces, en déclarant que même si certaines formalités prises isolément étaient insuffisantes pour faire annuler le mariage, il fallait décider qu'au cas où celui-ci venait à être annulé pour des raisons touchant au fond, le bénéfice de la bonne foi ne devait pas être accordé à ceux qui les avaient volontairement omises. Parmi ces formalités, ils mentionnaient, en dehors du manque de publications préalables, le défaut de consentement des parents, s'il s'agissait d'un mineur et même l'incapacité des témoins ou la célébration dans une maison privée (7).

80. — Une évolution complète s'opéra à cet égard chez les auteurs plus récents. Ils ne tardèrent pas à se rendre compte de la différence fondamentale qui résultait de la nouvelle rédaction du Code. Cependant la doctrine, avant de passer à une position diamétralement opposée, semble s'être arrêtée un instant à une position intermédiaire. Elle fut d'avis que le défaut de solennités ne saurait plus être considéré comme entraînant l'exclusion des époux du bienfait de la putativité, mais comme mettant à leur charge la preuve de leur excusabilité. En résumé, l'erreur com-

(5) Aff. Maynard, *op. et loc. cit.*

(6) Toullier, *op. cit.*, n°s 658-659, et tome II, n° 879; Vazeille, *op. cit.*, n° 274; Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, tome I, p. 584, note 3; Duranton, *Cours de Droit français*, tome II, tit. V, chap. V, sect. III, n°s 348-350 ; Zachariae, *Le Droit civil français*, tome I, n° 125, p. 199. Trib. civ. de Nevers et Bourges, 17 mars 1830, D.P. 1830, 2, 215; Cpr. Req. rej. 16 déc. 1845, D. P., 1846, 1, 7.

(7) Vazeille, *op. cit.*, n° 274 ; Dalloz aîné, tome X, V. *Mariage*, p. 112, n° 4 ; Allemand, *Traité du mariage et de ses effets*, tome I, n°s 612-613; Delvincourt, *op. cit.*, p. 584, note 3; Arthaud, *De la bonne foi et de ses effets en matière civile*, thèse, p. 225.

mise créait à leur encontre une présomption de mauvaise foi. Ce qui ne voulait pas dire que cette présomption était irréfragable ; tout au contraire, selon les auteurs, les époux pouvaient prouver par tous moyens que leur confiance avait été surprise par des manœuvres dolosives ou par fraude (8). Nous reviendrons sur cette question en traitant plus particulièrement de la preuve de la bonne foi (9).

Par contre, la doctrine moderne et contemporaine, entraînée par Aubry et Rau et par Demolombe, se refuse d'une façon catégorique à concevoir, comme une condition indispensable, le concours et la simultanéité des vieilles bases canoniques. Après un mûr examen du problème, elle a compris tout ce qu'il y aurait d'étrange et de bizarre à rejeter la faveur de la loi dans les cas de simple vice de forme, alors qu'elle est contrainte à l'admettre dans des hypothèses infiniment plus graves, comme en cas de bigamie ou d'inceste. Et à l'unanimité elle décida, non sans mérite et avec un profond sens juridique, que les termes dans lesquels est conçu notre principe sont pratiquement réfractaires à toute exigence de solennité. Au surplus, elle n'a pas manqué de souligner l'avantage qu'il y aurait, pour les lois civiles, à s'abstenir de toute rigidité nuisible à l'extension du principe, principe qui jusqu'alors se trouvait par surcroît imprégné d'un esprit scolastique manifeste. Aussi la doctrine rejeta les anciennes conditions et un nouveau domaine s'ouvrit à notre théorie (10).

31. — De son côté, la juste cause ayant perdu un des appuis les plus solides, avec la disparition des formes extérieures, ne tarda pas à être négligée. A vrai dire, la plupart des premiers interprètes

---

(8) Allemand, *op. cit.*, tit. IV, chap. III, n°s 602 et 605; Toullier, *op. cit.*, n° 656.

(9) V. *infrà*, n°s 173-174.

(10) Aubry Rau, *Cours de Droit Civil français*, tome IV, p. 48, note 5; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, tome III, n° 353, p. 522-523 et n° 355, p. 524 ss.; Laurent, *Principes de Droit Civil*, tome II, n°s 502 et 503, p. 635-636; Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code Civil*, tome I, n° 288 bis (1); Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de Droit Civil*, tome I, n°s 1095 et 1100; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, tome III, *Des personnes*, n° 1094; Beudant et Lérébours-Pigeonnière, *Cours de Droit Civil*, tome I, n° 638, p. 520-521; Rouast, dans Planiol et Ripert, *traité pratique de Droit Civil français*, tome II, *La Famille*, n° 316; Bartin, sur Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil français*, tome VII, texte p. 65-66, note 4; Dalloz, *Répert. prat. de lég. et de jur.*, tome VIII, V. *Mariage* et Code civil annoté, art. 201 et 202, n°s 24 et 33 ; Dalloz aîné, *cod.*, *verb.*, n° 583; Coste, *Des effets de la bonne foi sur les mariages nuls et annulés*, thèse, p. 60 ss. Note Rouast, Lyon, 13 novembre 1924, D. P., 1925, 2, 73. Cpr. Demolombe, *op. cit.*, n°s 355 ss.; Arthaud, *De la bonne foi et de ses effets en matière civile*, thèse, p. 225; Barrau, *De la bonne foi dans les questions d'état et de possession*, thèse, p. 160.

se contentèrent de l'accueillir par prétérition, ainsi sa suppression revêtit une importance moindre que celle de la célébration, du moins si l'on se borne à l'examen de l'apparence des faits. Car, ainsi que nous aurons l'occasion de le montrer plus tard, elle n'est pas complètement disparue. Dans l'état de choses actuel, il semble plutôt qu'elle gise, fondue dans le sein même de la bonne foi. C'est une caractéristique tout à fait inattendue de cette dernière condition d'être formée de la fusion de deux éléments : de la bonne foi proprement dite et de la juste cause d'erreur. L'une comme l'autre, en droit moderne, dépendent en dernière analyse de l'appréciation souveraine des juges du fond. Quoi qu'il en soit, il est certain que l'unanimité de la doctrine contemporaine écarte la juste opinion d'erreur comme contraire aux nouveaux textes (11).

82. — L'évolution se fit plus rapidement dans la jurisprudence qu'elle ne s'était faite dans la doctrine. Au lendemain même de la promulgation du Code, la presque unanimité des arrêts signifia sa volonté de suivre les traces du législateur, en battant en brèche la tradition. Le premier jugement en date, à notre connaissance, est celui de la Cour de Turin du 11 juin 1808, déclarant formellement que le fait que la femme d'un militaire, qu'à tort on croyait mort, se fût remariée devant l'aumônier du régiment, sans publication de bans et sans même se soucier de faire dresser un acte de mariage, ne doit pas être entendu comme exclusif de bonne foi (12). Plus particulièrement, la condition de la bonne foi, ajouta-t-elle, ne saurait faire de doute dans l'espèce. La Cour, sur les conclusions conformes du procureur général Merlin, rejeta le pourvoi formé contre cette décision, en disant que la mauvaise foi de la femme ne ressortait pas de l'examen des circonstances de faits, alors surtout que le mariage, malgré tous les vices dont il était entaché, ne pouvait être considéré comme clandestin. En fait, il se trouva que quatorze ou quinze témoins avaient assisté à la cérémonie.

Après avoir rencontré tant de divergences entre la doctrine et

---

(11) Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, n° 1100; Dalloz, *Répert. prat.* V. *Mariage*, n° 637 ; V. Cep. Dalloz aîné, *Répert.* suppl., *cod verb.*, n° 318. Cpr. Dalloz aîné, *op. cit.*, *eod. verb.*, n° 322; Arthaud, thèse citée, p. 226.

(12) Cass. Civ. rej., 21 mai 1810, S. 1810, 1, 325. Adde : Cass. Civ., 30 juillet 1900, D. P., 1901, 1, 137. Contra : 17 mars 1830, D. P., 1830, 2, 215, qui maintient les anciennes conditions.

la jurisprudence, nous observons ici un point commun entre elles. Toutes les deux se refusent à voir dans les mariages clandestins, c'est-à-dire formés dans les ténèbres, une union susceptible de mériter les faveurs dont jouit l'ignorance (13).

Quant à la condition spéciale de publication, elle mérite un examen particulier. Les publications requises par l'article 63 du Code Civil, ainsi que la transcription à laquelle sont soumis les Français qui contractent mariage à l'étranger, en vertu de l'art. 171, 1er al., du Code Civil, n'entraînent pas nécessairement la nullité de l'union, au cas où elles font défaut (14). Cependant, si par un ensemble fortuit de circonstances, le mariage est annulé parce qu'il est entaché par ailleurs de bigamie ou d'inceste, les tribunaux, contrairement à l'opinion d'une partie de la doctrine que nous avons eu l'occasion de citer, décident que l'absence de publication préalable en France (Art. 166) ou à l'étranger (Art. 170, 1er al.) ou de la transcription prescrite par la loi (Art. 171) est inopérante en elle-même pour créer contre les époux une fin de non-recevoir (15).

83. — Mais l'esprit libéral des juges trouve une juste limite. Il ne saurait être question de se montrer favorable à des époux bigames ou incestes qui ont sciemment négligé de remplir les formalités requises, dans le but évident d'enfreindre les prohibitions de la loi. Donc, si leur conduite s'explique moins par l'ignorance des prescriptions légales qu'elle n'obéit au dessein de les mieux frauder, ils se voient privés, à juste titre, de toute faveur particulière. Ces principes sont résumés en des termes concis et clairs par le tribunal civil de la Seine, dans le jugement prononcé dans l'aff. Ruel (16). « Le mariage entre un Français et une Norvégienne, célébré au Canada... n'est pas nul... ni par défaut de publications au Canada ni par défaut de domicile des époux au Canada... ni par absence de publications en France... ni par défaut

(13) Dalloz, *Dict. prat.* V. *Mariage*, n° 157; Josserand, *Cours de Droit Civil positif français*, tome I, n° 807, IV, 3° et n° 831; consultez la liste de la jurisprudence qui se content de l'apparence de célébration, *infrà*, n° 115.

(14) Josserand, *op. cit.*, nos 747-751 bis et n° 807, IV, 1°; V. les auteurs cités dans la note sous Bordeaux, 14 mars 1850, D. P., 1853, 2, 179; Dalloz, *Dict. prat.* V. *Mariage*, nos 153-157.

(15) Cass. civ. rej., 21 mai 1810, S. 1810, 1, 325; Req, rej., 16 décembre 1845. D. P. 1847, 1, 7; Nîmes, 23 février 1858, S. 1859, 2, 385; Paris, 11 février 1920, S. 1921, 2, 60. Cpr. Paris, 12 novembre 1913, et Trib. Civil Seine, 10 juin 1912, G. P., 1914, 1, 107

(16) Trib. Civil Seine, 27 octobre 921, D. P., 1922, 2, 46.

de transcription du mariage dans les trois mois du retour en France du Français ». Mais ayant dû annuler l'union comme contraire aux dispositions de l'art. 147, C. C., le Tribunal n'hésita pas à prendre en considération la bonne foi de la femme putative, et il le fit en ces termes : « *Attendu... que l'absence de publications ne paraît pas avoir eu pour but faire fraude à la loi française ; attendu que le défaut de transcription du mariage... n'entraîne pas la nullité du mariage, spécialement dans l'espèce où elle est le résultat d'une simple négligence, et qu'elle n'a pas eu pour but de perpétrer la clandestinité du mariage* ». Ce jugement contient en peu de lignes toute la jurisprudence contemporaine sur la question.

Section II

CAUSES DE DISPARITION DES ANCIENNES CONDITIONS

84. — Il n'est pas sans intérêt de se demander quelles ont été les causes juridiques de ce brusque changement. Y a-t-il eu des raisons suffisantes pour rejeter la condition de la célébration publique et solennelle, de notre matière ? Quelques-unes des explications que l'on a proposées sont impuissantes à expliquer les modifications survenues. Certains auteurs sont d'avis que le silence du législateur doit être interprété comme un aveu d'impuissance à énumérer tous les cas pouvant contenir la bonne foi (1). C'est évidemment répondre en se plaçant en dehors de la question. D'autres, ont songé à invoquer la multiplicité et la variété des lois des divers pays civilisés et du même pays selon que l'on se place à différentes époques de son histoire (2). Nul doute que cette diversité des législations ne soit une cause permanente d'erreur, qui bien souvent entraînera la nullité de l'union, mais cela n'explique pas pourquoi le législateur a substitué le titre putatif au titre bon et régulier. A moins que l'on veuille prétendre que ce fut précisément pour élargir le cadre de notre théorie, ce qui dépasse les intentions manifestes du législateur.

Pour nous, les raisons du changement doivent être cherchées

(1) Coste, *op. cit.*, thèse citée, p. 61-62
(2) Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, n° 1104.

ailleurs. C'est uniquement en étudiant l'institution du mariage dans son ensemble, et, en particulier, les transformations que le législateur a fait subir à la cérémonie même, que nous serons en mesure de comprendre le sens et la portée de cette révolution juridique, accomplie par le législateur français. Sans doute, nous admettons que la suppression de la condition relative à la célébration publique et solennelle eut des répercussions heureuses non seulement dans le droit en général, mais plus particulièrement dans notre théorie, dont la portée fut considérablement élargie. Mais cet effet s'opéra moins par la volonté consciente du législateur, que par les contre-coups des réformes introduites dans la matière du mariage en général. N'oublions pas que si la matière du mariage putatif a pris un grand essor ces dernières années, il n'en était pas de même à l'époque de la rédaction du Code. Elle devait subir à ce moment là l'influence, aujourd'hui moindre, de la législation du mariage et des causes de nullité.

85. — Si nous voulons donner une appréciation complète de la question, il faut avoir présente à l'esprit la position exacte du législateur à l'égard du mariage, vers 1804. Si, à maints égards, celui-ci abandonna les solutions acquises contre l'Ancien Régime, par la Révolution, il n'en fit pas de même pour le principe de la sécularisation du mariage (3). Ainsi fut consolidée en France, la victoire d'une lutte séculaire qui datait du XVIe siècle entre les pouvoirs ecclésiastique et séculier. Ce dernier s'octroya un pouvoir qui jusqu'alors avait été le monopole exclusif de l'Eglise. Le principe révolutionnaire, introduit par la Constitution du 3-14 septembre 1791 sécularisant le mariage, fut incorporé dans le nouveau Code. Or, nulle part nous n'observons mieux qu'ici, l'opposition qui existe entre les divers points de vue. Le législateur laïc n'avait pu s'approprier le domaine matrimonial, qu'en discréditant l'apparat et l'extérieur dont s'entourait le mariage religieux, sinon le fond même du sacrement de mariage. Sans doute, plus tard, devait naître une théorie du mariage, qui a rencontré des partisans, tant laïcs qu'ecclésiastiques, conciliant les intérêts « temporaires » et « éternels », mais il n'est pas moins vrai que l'antagonisme était

(3) Sur les avantages juridiques et sociaux de la sécularisation du mariage; V. Vazeille, *op. cit.*, tome I, *Discours préliminaire*, n° 54. Cpr. Le Bras, *La doctrine du mariage*, Dict. de théol. cath., tome IX, col. 2272 ss.

manifeste et tranchant lors de la rédaction du Code Civil. Les atermoiements survenus par la suite dans les thèses opposées ne doivent pas nous faire oublier la vive irritation et le mépris dans lequel les adversaires commencèrent par se tenir réciproquement.

Laissons plutôt parler les auteurs. A la pensée que c'est Dieu, par intermédiaire du prêtre, qui lie les époux, et que l'union de ces derniers représente, en somme, l'union du Christ avec son Eglise (4), Portalis répond : « Il est évident que c'est le consentement des parties qui constitue ce contrat ». » Je découvre, poursuivait-il, un véritable contrat dans l'union des sexes... ce contrat n'est pas purement civil, quoiqu'en disent les jurisconsultes : il a son principe dans la nature » (5). Voilà en ce qui concerne le fond même de la question. En ce qui concerne la forme, l'opposition entre les jurisconsultes et les Pères de l'Eglise est plus nette et en quelque sorte plus irréductible. Les cérémonies et les formalités du mariage sont l'œuvre de l'Eglise, pensaient les ecclésiastiques, mais le sacrement a été institué par Notre Seigneur, ainsi que l'Eglise même, donc la substance et la forme sont inséparables. « En général, leur répondait Rousseau, ne substituez le signe à la chose que quand il vous est impossible de la montrer ; car le signe absorbe l'attention de l'enfant et lui fait oublier la chose représentée. Ce grand connaisseur de l'âme humaine, pensait déjà : « Que d'attention chez les Romains à la langue des signes » (6). Traduisant ces sages pensées dans le langage juridique, Portalis s'exclamait dans un passage que nous citerons presque en entier, tant il contient de vérités, aujourd'hui malheureusement négligées. « D'après le droit commun reçu chez toutes les nations policées, ce ne sont pas les cérémonies, c'est uniquement la foi qui fait le mariage ». Et il ajoutait un peu plus loin : « Ceux-là sont véritablement époux qui, quel que soit l'appareil extérieur de leur contrat, se tiennent d'une manière à n'avoir qu'une demeure, qu'une volonté, qu'une âme, qui par un vœu commun se soumettent aux mêmes devoirs, participent aux mêmes avantages, partagent leurs plaisirs et leurs peines, *se communiquent toutes choses*

---

(4) S. Jean Chrysostome, *In epist. ad Ephes.*, c. v. Hom. XX, P. G., t. LXII, col. 135 ss.; S. Jérome, *Comm. in epist. ad Ephes.*, III, c. v. P. L., t. XXVI, col. 530-537. V. L. Godefroy, *Le mariage dans l'Ecriture, Le symbolisme du mariage*, Dict. de théol. cath., tome IX, col. 2069-2070.

(5) *Discours préliminaire du Code Civil*, p. XI, signé Portalis, Tronchet, Bigot, Préameneu, Malleville.

(6) *Emile*, Flammarion, p. 182 et 286.

entre eux, le corps et le cœur ; qui regardent leurs enfants, fruits de leur union, comme un lien commun... Tels sont les caractères que la morale et que les lois les plus religieuses ont assignés au mariage ; tel est le vrai mariage en soi et indépendamment de toutes cérémonies » (7). C'était, en somme, la pensée du grand Cujas qui survivait dans ces paroles de Portalis. « *Matrimonium facit, destinatio animi,* avait dit Cujas, *quam mox sequitur honor et maritalis affectio. Concubina solo delecta, solo animo, sola animi destinatione ab uxore separatur, honore pleno uxor diligitur* » (8).

Nous reconnaissons sans peine qu'il ne faut pas se montrer trop rigide dans l'analyse de cet antagonisme. Puisque Portalis, lui-même, était d'avis ailleurs « qu'on ne saurait environner (le mariage) de trop de conditions ». Il ne nous échappe pas qu'en énonçant cette prémisse, il songeait avant tout à l'efficacité du mariage à l'égard des tiers et à la stabilité que requièrent les actes juridiques. Mais il ne reste pas moins que ces conditions constituent à maints égards un retour inattendu aux anciennes traditions. Son génie d'éminent jurisconsulte l'empêcha de renier d'une façon délibérée les principes qu'il avait soutenus sur la fragilité et l'inefficacité des formes extrinsèques du mariage. Et il tempéra sa pensée : « ...quoique régulièrement le seul mariage fait dans les formes prescrites et conformément au droit établi soit capable de légitimer les enfants, on avoue cependant pour enfants légitimes, ceux nés d'un mariage putatif » (9). Par là, Portalis et ses collègues reconnaissaient d'une façon catégorique que le mariage putatif ne peut se voir entravé pour des raisons de forme. Ayant fait fi de la vertu sacramentelle des paroles prononcées par le prêtre, il leur était impossible de la faire revivre au profit des paroles prononcées par des laïques. Ainsi il se trouva que notre institution se rapprocha davantage de la définition éternelle du mariage que le mariage civil lui-même. Du moment que le principe de la paternité, posé par l'évolution des lois de la nature et par la loi elle-même, n'est pas faussé, le juriste et le

---

(7) *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil, Discours sur les mariages des protestants en France,* p. 476 ss.; V. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France,* tome IV, p. 480-481, et *Exposé des motifs,* 16 ventôse, an XI, Locré, *op. cit.,* tome IV, n° 27, p. 497.

(8) Cuj. ad. leg. 31 ff., *De Donationibus,* cité par Portalis, *op.* et *loc. cit.*

(9) *Discours préliminaire du Code civil,* signé Portalis..., *loc. cit.*

législateur doivent se montrer satisfaits. L'adage romain : « *Patrem certum demontrare possunt* » triomphe ici, comme dans la matière du mariage, cela suffit (10).

Section III

PREMIERE CONDITION : IL FAUT QUE LE MARIAGE AIT ETE DECLARE NUL

86. — C'est la première condition imposée par le législateur dans l'art. 201 C. C., aux termes duquel : « Le mariage qui a été déclaré nul... ». Elle se trouve d'ailleurs sous-entendue, mais non moins évidente, dans l'énoncé de l'art. 202 du C. C. C'est cependant en vain que nous chercherions l'énoncé de cette condition dans les ouvrages qui ont précédé le nôtre (1). Les auteurs semblent avoir interprété le silence du Code autour des anciennes conditions, à l'exception de la bonne foi, comme une preuve du maintien et de l'existence de cette seule et unique condition (2). Une telle attitude des auteurs envers la bonne foi ne peut avoir pour effet que d'accroître outre mesure l'importance de cette condition, au détriment des autres éléments essentiels, sans lesquels le législateur n'eût jamais osé accorder à une semblable union les effets civils du mariage. Le principe posé par ces auteurs est exact en ce sens que la loi considère comme abolie toute autre condition subjective, émanant de la personne même des intéressés. Mais prétendre qu'il est permis de faire abstraction des éléments objectifs, requis expressément par les textes, c'est, disons-le sans ambages, faire de

---

(10) Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, *op. cit.*, p. 484-485.

(1) V. cep. Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code Civil*, tome I, n° 288 bis 1, p. 426. Cpr. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, tome II, n° 161.

(2) Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome I, art. 201-202, II, n° 693; Rouast, dans Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français*, tome II, *De la famille*, n° 316, p. 248; Fuzier-Herman et Démogue, *Code Civil annoté*, art. 201, n° 202; Dalloz, *Répert. pratique*, V. *Mariage*, n° 637; Coste, *Des effets de la bonne foi sur les mariages nuls et annulés*, thèse, p. 60 et 70 ss.; Arthaud, *De la bonne foi et de ses effets en matière civile*, thèse, p. 225; Millet, *De l'erreur et de la bonne foi en Droit romain et en Droit français*, thèse, p. 300; Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, thèse, p. 342.

notre institution une monstruosité juridique. Sans doute, les savants commentateurs, guidés par des considérations tenant plutôt à l'utilité pratique de notre institution, qu'à son fondement juridique, ont préféré s'appesantir sur la condition la plus originale et la plus digne de commentaires.

87. — Il n'en reste pas moins que la jurisprudence confirme notre point de vue, comme nous aurons l'occasion de le prouver, dans cette section. Il est inexact, croyons-nous, d'apprécier les conditions relatives à la déclaration de nullité et à la formation du contrat, entre les époux, comme si elles ne constituaient qu'un reflet de l'ignorance ou de la croyance des conjoints. Et ceci pour deux raisons primordiales. D'abord il serait également possible d'attribuer ce rayonnement tout puissant à n'importe laquelle des deux autres conditions. N'oublions pas que celles-ci reposent sur une base éminemment plus juridique et d'une puissance incontestable, dont l'influence décisive se fait sentir dans un grand nombre d'institutions. Il s'ensuit que les deux autres conditions, au lieu de dériver de la bonne foi, sont destinées à exercer en droit un rôle prédominant, en matière de mariage putatif, au détriment des éléments moraux et éthiques, tels que la bonne foi. En réalité, les effets qui découlent du mariage nul, en vertu de la loi, procèdent de l'ensemble des trois conditions. S'il y a une condition du mariage putatif qui doit prédominer, c'est bien la condition relative au consentement au mariage, dont l'existence dans le monde juridique, est aussi antique que le droit lui-même. En second lieu, les textes des articles 201 et 202 nous empêchent de nous rallier à la théorie proposée par la presque unanimité de la doctrine. Certains auteurs ont cru pouvoir distinguer entre les circonstances et les conditions concernant le mariage putatif (3). Or, à supposer que cette délimitation subtile soit applicable à notre sujet, c'est bien la bonne foi qui, d'après la construction même de l'art. 201, doit être envisagée comme une circonstance (*lorsqu'il a été contracté de bonne foi*) et non la déclaration de nullité, dont la mention occupe dans la phrase une place plus importante, puisqu'elle se rapporte au sujet et précède immédiatement le verbe dénotant l'action (*le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils*). Mieux encore, dans l'art. 202 consacré

(3) Coste, Thèse citée, p. 60.

exclusivement à la condition et à la portée de la bonne foi, le législateur se garde bien de dire que les effets du mariage putatif en découlent, alors qu'il avait l'occasion exceptionnelle de le préciser. Avec une sûreté magistrale, il repousse cette solution. S'il avait voulu l'admettre, il aurait du formuler ainsi l'énoncé du principe : « Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, *elle ne produit* les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage ». Or, il a rejeté à jamais un pareil système, en disant que c'est le mariage lui-même qui produira ces effets. Mais la seule chose qui peut subsister du mariage, après le jugement déclarant sa nullité, pour vices de forme ou de fond, ne peut être que le consentement des époux au mariage. C'est celui-ci qui, grâce à la circonstance exceptionnelle de la bonne foi des époux au moment du mariage, persistera à dominer la vie juridique des époux et de la famille.

Il n'est pas étonnant que, dans l'état actuel de la doctrine, les auteurs limitent leur étude à certains aspects du problème. Ils réduisent le plus souvent les conditions du mariage putatif à l'exigence de la bonne foi, abandonnant les autres questions aux lumières et aux soins du magistrat. Ils n'ont réussi qu'à constituer un système assez incohérent qui s'explique, en une certaine mesure, par les hésitations de la jurisprudence. Nous essaierons de dégager une théorie générale des idées parsemées dans les textes et dans les décisions jurisprudentielles.

§ I. — *Nécessité d'une condition relative au jugement de nullité*

88. — On pourrait nous objecter qu'il y a fort peu d'intérêt à poser expressément en doctrine la nécessité d'une condition supplémentaire et superflue, alors surtout qu'elle est universellement reconnue et acceptée dans la théorie du mariage putatif. A quoi bon parler du piédestal alors qu'il fait corps avec la statue ? Quelqu'un a-t-il jamais songé à supposer un mariage putatif qui ne soit pas un mariage préalablement déclaré nul ? Aussi paradoxal que cela puisse sembler à des juristes français, il arrive, dans certains droits étrangers, que la bonne foi soit détachée de la condition de la célébration et de la nullité du mariage, lorsqu'il s'agit de faire produire des effets civils à des unions entachées de nullité. Parfois, les effets produits à la suite du jugement décla-

rant la nullité, procèdent en partie du jugement, et en partie de la bonne foi des époux. Donc, à l'encontre de ces législations, le Code de 1804 présente une première caractéristique qui peut se résumer ainsi : « *Il n'y a pas de mariage putatif sans un mariage ayant été auparavant déclaré nul* » (4). Or, la jurisprudence française ne s'est pas toujours souciée de respecter ce principe, et parfois, contrevenant à l'esprit des textes et à l'intention du législateur, elle a voulu accorder les effets du mariage à des unions qui n'ont pas été dissoutes ou qui l'ont été autrement que par un jugement de nullité. Parfois, mais très rarement, il est vrai, un deuxième mariage entre les mêmes personnes, suivi d'annulation, est venu se greffer sur le premier qui avait fait l'objet déjà d'un premier jugement de nullité. On s'est alors trouvé en présence de deux mariages putatifs superposés. Inutile de dire que ce sont des hypothèses qui normalement ne devaient pas se produire, et que la seule déclaration de nullité, qui doit être prise en considération, c'est la première. A moins de supposer que, lors de cette déclaration, les autres conditions du consentement et de la bonne foi ne se trouvaient pas réunies sur la tête des conjoints. Bref, dès que le mariage a fait l'objet d'un jugement l'invalidant pour l'avenir, la théorie du mariage putatif peut être appelée à intervenir en faveur des époux et des enfants issus du mariage (5).

Par ailleurs, le Code Civil se sépare de l'Ancien Droit français où, dans l'exemple que nous avons cité, concernant l'affaire Labbé, la bonne foi, grâce à un concours exceptionnel de circonstances, il est vrai, arrivait à produire non seulement les effets du mariage, mais encore la parfaite validité de l'union (6). Sans doute, s'il devait se produire de nos jours une espèce semblable, le troisième mariage de Pierre Labbé serait encore déclaré valable. Mais, et c'est là le point névralgique, la bonne foi des conjoints n'aurait pas à intervenir. Au contraire de l'Ancien Droit, le Code de 1804 pose un deuxième principe : *Le mariage nul contracté de bonne foi produit les effets civils du mariage, sans produire la validité du mariage lui-même.*

Ces observations ne sont pas sans importance, car si nous pen-

---

(4) Cpr. Allemand, *Traité du mariage et de ses effets*, tome I, n° 615.
(5) V. Cass. civ., 15 janv. 1816, S. 1816, 1, 81, avec les conclusions du Procureur Général M. Mourre.
(6) V. *suprà*, n° 41 *in fine*.

sons qu'il est possible d'établir la théorie du mariage putatif sur un fondement raisonnable et juridique, c'est à condition de ne pas outrepasser sa portée. Il faut sans doute lui conserver tout ce que le législateur lui a donné de consistant et d'efficace en droit. Mais plutôt que d'outrepasser ces limites il vaudrait mieux l'exclure du Code, ce que nous n'hésiterions pas à demander si elle devait devenir une institution ressemblant à la *sanatio in radice* du Droit canonique. Qu'on ne vienne pas nous dire que nous méconnaissons les pouvoirs souverains du législateur. La force physique est aussi théoriquement sans limites et cependant nous savons qu'elle est soumise à des règles précises, sans lesquelles elle ne peut se manifester et qui sont susceptibles d'amoindrir ou d'augmenter sa puissance. Il en est de même du législateur. Il se voit lié par un grand nombre de principes, qu'il doit observer, sous peine de saper sa propre autorité et de perdre le respect qui lui est dû. La logique s'impose aux auteurs des Codes, comme elle s'impose au commun des mortels. Nulle loi au monde ne pourrait faire comprendre comment un fait ou un acte juridiquement nul, peut produire comme effet sa propre validité. C'est pour cela que le Code de 1804, tout en accordant des effets à l'union viciée, spécifie clairement qu'il ne peut s'agir que d'un mariage déclaré nul et qui, par conséquent, n'en est pas un.

Mais ce qui fait l'intérêt de cette condition, c'est que la doctrine et la jurisprudence sont loin d'être unanimes sur l'interprétation de ces deux postulats. Si l'on s'obstine à vouloir ne considérer que la bonne foi, pour résoudre les problèmes qui se posent dans la matière du mariage putatif, on risque non seulement de rendre l'institution illogique et anti-juridique, mais aussi de fausser la nature et la portée du jugement déclarant la nullité du mariage. Ce sont là deux points qui ne peuvent laisser insensibles les juristes contemporains.

89. — La déclaration définitive de nullité joue, dans la matière du mariage putatif, le rôle d'une barrière infranchissable. Les effets civils, que la réunion heureuse des trois conditions posées par le Code est capable de produire, ont une limite dans le temps, et cette limite n'est autre que la décision du juge proclamant à l'égard de tous l'efficacité juridique des actes accomplis par les époux. A partir de la déclaration de nullité, les actes que les époux peuvent accomplir sont irrémédiablement plongés dans le néant.

Telle est la volonté de la loi, qui spécifie qu'il doit s'agir d'un mariage déclaré nul.

Signalons qu'une partie de la doctrine s'est demandé s'il fallait étendre à notre matière la règle posée par l'art. 1445, al. 2, à propos de la séparation des biens principale (7). L'on sait que les effets du jugement de séparation de biens remontent au jour de la demande et non au jour du jugement. Mais la doctrine a refusé, à juste titre, d'étendre cette disposition à la matière qui nous occupe (8). En effet, il est manifeste que la crainte de la disparition des biens, fondée sur le désordre des affaires du mari, qui inspira au législateur la disposition sus-indiquée, n'existe nullement dans le mariage putatif, pas plus qu'elle ne se rencontre dans l'action tendant à faire annuler le mariage. Par conséquent, ce sera à partir du jugement que les effets du mariage cesseront, et à ce moment là on appréciera l'état de la communauté ou du régime matrimonial adopté.

Nous faisons observer, de plus, que le jugement de nullité n'a, dans notre institution, d'autre but que de mettre fin publiquement à l'état d'ignorance chez les époux. Or, la demande reste, par sa nature même, connue des parties seules. Contrairement à ce qui se passe en matière de possession, où le litige intéresse les deux propriétaires en conflit, il s'agit ici d'effets dérivant d'une union censée régulière et opposable à toutes les personnes pouvant avoir à faire avec les prétendus époux. Au surplus, la doctrine (9), contrairement à la jurisprudence (10) se refuse à admettre en matière de possession que les effets de la bonne foi doivent remon-

---

(7) Bien entendu dans le sens que la jurisprudence lui donne. Cpr. Req. 13 mai 1862, D. P., 1862, 1, 422; Cass. civ., 12 mai 1869, D. P., 1869, 1, 270; Cass. civ., 18 juin 1877, D. P., 1877, 1, 445. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit Civil français*, édit. 1936, tome III, n° 225, p. 192-193. L'art. 252 C. C. *in fine* s'est vu attribuer une disposition pareille par la loi du 18 avril 1866. Cpr. Req., 20 mars 1855, D. P., 1855, 1, 325 et S. 1855, 1, 401, note de M. Devilleneuve; Paris, 12 juillet 1892, D. P., 1893, 2, 509 et S. 1894, 2, 10.

(8) Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code Civil*, tome I, n° 288 bis, VI, p. 429-430; Marcadé, *Explic. théor. et prat. du Code Napol.*, art. 201-202, n° 701; Aubry et Rau, *Cours de Droit Civ. fr.*, tome V, p. 51, note 14; *Demolombe, Cours de Code Napol.*, tome III, n° 368, p. 540-541; Planiol et Ripert, *Tr. élém. de Dr. civ.*, 12e édit., tome I, n° 1110; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Tr. théorique et prat. de Droit Civ., Des personnes*, tome III, n° 1919; Bartin sur Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil français*, tome VII, texte p. 70, note 14; Coste, *Des effets de la bonne foi sur les mariages nuls et annulés*, thèse, p. 82 ss.; Gaudemet, *Du mariage putatif et de ses effets*, thèse, p. 116. Cpr. Toullier, *Le Droit Civ. fr.*, tome I, n° 661; Duranton, *Cours de Droit fr.*, tome II, n° 368.

(9) V. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, thèse, p. 28.

(10) Cass. civ., 11 janv. 1887, D. P., 1887, 5, 268 et S. 1887, 1, 225; 21 déc. 1903, D. P. 1908, 1, 377; S. 1909, 1, 324.

ter au jour de la demande. Pour ces raisons, nous refusons toute application par analogie au jugement déclarant la nullité du mariage, aux seules fins de constater la putativité, des règles édictées pour des motifs qui ne se rencontrent pas ici (11).

90. — En ce qui concerne plus particulièrement la liberté d'initiative dont jouissent les parties, pour faire reconnaître leur titre à bénéficier des effets du mariage, le jugement joue un rôle capital. Ainsi, si l'on est d'accord pour admettre que la demande aux fins de faire échec aux effets normaux de la nullité peut être introduite « *pendente lite* » (12), il n'en sera plus de même quand les juges du fond auront statué. La constatation de la mauvaise foi par une décision passée en forme de chose jugée prive les parties de la faveur du mariage putatif (13). L'application des articles 201 et 202 C. C. suppose donc qu'une décision passée en force de chose jugée n'a pas constaté définitivement la mauvaise foi des époux (14).

Malheureusement, certains arrêts ont été critiqué par les auteurs en raison de l'application qu'ils avaient faite de cette règle dans des cas déterminés (15). Ces auteurs, sans discuter le principe de l'autorité de la chose jugée, critiquent l'application, soi-disant malencontreuse, qui en est faite par certaines de ces décisions. Cependant, les arguments qui servent de base aux raisonnements de ces auteurs nous paraissent en partie exagérés. Sans doute, si la majorité des arrêts décident avec la doctrine qu'il ne faut voir l'autorité de la chose jugée que dans *le dispositif* du jugement (16), ils assimilent au dispositif les énonciations des motifs destinés à compléter et à préciser la portée de la chose jugée (17).

Nous reconnaissons sans peine que le jugement du Trib. civ. de

---

(11) Cpr. l'art. 311 (4e alinéa), modifié par la loi du 6 février 1893 et l'art. 2246 C. C. Req. 17 déc. 1849, D. P. 1850, 1, 80.

(12) P. Gaudemet, *Du mariage putatif et de ses effets*, thèse, p. 81.

(13) Bordeaux, 14 mars 1850, D. P. 1853, 2, 178; Trib. Civ. Seine, 10 janv. 1912 et Paris, 12 nov. 1913, G. P. 1914, 1, 107. Cpr. Cass Civ., 30 juillet 1900 (motifs), D. P. 1901, 1, 317, S. 1902, 1, 255.

(14) V. *infrà*, n° 163 (note 99).

(15) Gaudemet, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1914, p. 97 ss.

(16) Josserand, *Cours de Droit Civil positif français*, tome II, 2e éd., 1933, n° 299, 3, p. 122. Riom, 22 déc. 1886, D. P. 1888, 2, 210; Riom, 24 déc. 1890, D. P. 1892, 2, 138. Trib. Civ. Seine, 2 déc. 1893, D. P. 1894, 2, 465; Besançon, 1er fév. 1893, D. P. 1893, 2, 590 ; Civ. rej., 2 avril 1895, D. P. 1895, 1, 312 ; Cass. Civ., 20 avril 1896, D. P. 1897, 1, 108; Cass Civ., 24 juillet 1905, D. P. 1906, 1, 93; Req. 15 juillet 1908, D. P. 1908, 1, 335; Cass. Civ. rej., 21 mars 1921, D. P. 1921, 1, 187.

(17) Req. 21 nov. 1899, D. P. 1900, 1, 18 ; Cass. civ., 21 fév. 1900, D. P. 1900, 1, 271.

la Seine du 10 janvier 1912 (18), décidant que le dispositif du jugement « *n'est que la consécration de tous les motifs formellement indiqués et spécifiés* », a adopté une solution qui ne saurait mériter notre approbation. Ce qui n'implique nullement le bien fondé en général de sa décision, alors qu'un jugement rendu par le même Tribunal, quatre années auparavant, avait déclaré que « *l'époux autant que l'épouse avaient agi sciemment, c'est-à-dire en pleine connaissance de cause* ». Ce sont évidemment des aberrations qui ne devraient pas se présenter dans la pratique.

Une hypothèse plus théorique que pratique peut encore se présenter. Supposons que le jugement se soit contenté d'envisager la croyance de l'un des époux, sans examiner celle de son conjoint. En ce cas, purement théorique, nous le répétons, la question de la bonne foi du conjoint subsiste en entier, l'autorité du jugement ne s'exerçant qu'à l'égard de la partie sur la bonne foi de laquelle il a statué.

§ 2. — *Portée juridique de la condition du jugement*

91. — Qu'entendons-nous dire en énonçant que le mariage putatif est conditionné par la déclaration de nullité ? La réponse est simple. Pour que les effets civils du mariage résultent d'une union viciée, il faut qu'auparavant le mariage ait été *déclaré nul* et que le jugement ait *constaté* la bonne foi des époux (19).

Une fois la rencontre des trois conditions acquise (la bonne foi signifiant qu'il y a eu un semblant de célébration), le jugement doit déclarer que l'union annulée produira les effets civils du mariage. Sur ce point, la loi enlève au juge tout pouvoir discrétionnaire. En effet, l'art. 201 dit que : « Le mariage déclaré nul *produit néanmoins...* » et il ne dit pas : « Le mariage déclaré nul *peut produire...* ». Raisonner autrement, c'est faire dire au législateur ce qu'il n'a pas dit et attribuer au juge un pouvoir exorbitant que ni la loi, ni l'esprit de l'institution du mariage putatif ne sauraient lui accorder Le jugement de nullité du mariage n'est

(18) G. P., 1914, 1, 107.

(19) Rouast, dans Planiol et Ripert, *Tr. pr. de dr. civ. fr.*, tome II, *La famille*, n° 323; Fuzier-Herman et Démogue, *Code Civ. ann.*, art. 201, n° 27. Aix, 11 mars 1858, S. 1859, 2, 17; Agen, 14 juin 1890, D. P. 93, 2, 4. Cpr. Beudant et Lérébours-Pigeonnière, *Cours de Dr. civ.*, n° 637, p. 519-520. Contra : E. Larcher, note dans la *Rev. Alg.*, 1906, p. 63.

pas exigé en notre matière, comme il a été dit à tort, parce que l'union formée solennellement ne peut être détruite que par une déclaration solennelle (20), mais parce que les parties ne sont pas maîtresses de leur propre mérite. Sans doute, si nous étions d'accord avec l'unanimité de la doctrine qui soutient que les effets du mariage putatif dérivent de la bonne foi des époux, l'intervention du magistrat nous semblerait assez paradoxale (21). Mais nous pensons, au contraire, qu'ils découlent d'un fait éminemment plus juridique que la croyance que les époux ont pu avoir dans la validité de leur propre activité, à savoir de leur consentement au mariage. Dès lors, les conséquences juridiques qui résultent de leur union se produisent même s'ils se refusent à les accepter. Seulement, en raison des circonstances particulièrement extraordinaires qui entourent généralement l'échange des consentements des époux putatifs, le juge seul possède la perspicacité et l'autorité suffisantes pour le découvrir. C'est pourquoi le législateur a prévu son intervention en matière de mariage putatif.

92. — Est-ce à dire que selon l'opinion émise par certains auteurs, ce doit être le jugement qui prononce la nullité du mariage qui doit, en même temps, déclarer le mariage putatif ? (22) Nous ne le pensons pas et nous opinons, au contraire, avec des autorités non moins éminentes, que les juges ne sont nullement dessaisis et que ce n'est pas porter atteinte à l'article 1351 C. C. que de revenir plus tard devant eux pour régler le sort que la loi réserve aux personnes ayant contracté de bonne foi un mariage nul (23).

Voici une espèce qui confirme ce que nous venons d'avancer. En 1813, un individu appelé Estevenet contractait mariage avec Marie Roques, mariage qui ne fut pas suivi de cohabitation. Le 23 juillet 1821, la femme met au monde un enfant déclaré comme légitime, puis elle demande et obtient l'annulation de son mariage

---

(20) Vazeille, *Tr. du mariage*, tome I, chap. VI, n° 283.

(21) V. *infrà*, n°s 113 ss. ; 128 et 130.

(22) Huc, *Comment. théor. et prat. du Code Civ.*, tome II, n° 169; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Tr. théor. et prat. de dr. civ.*, *Des Personnes*, tome III, n° 1910.

(23) Fuzier-Herman et Démogue, *Code civil annoté*, art. 201, n° 28 ; Rouast, dans Planiol et Ripert, *Tr. prat. de dr. civ. fr.*, tome II, *La famille*, n° 323; Bartin sur Aubry et Rau, *Cours de dr. civ. fr.*, tome VII, § 460, note 25, p. 76; Gaudemet, *Rev. Trim. de dr. civ.*, 1914, p. 97 ss. Aix, 11 mars 1858, S. 1859, 2, 17, note Gilbert; Agen, 14 juin 1890, S. 1893, 2, 4.

par une décision du Tribunal de Tarbes (Hautes-Pyrénées) du 26 août 1822. A la mort du prétendu père, le fils invoqua sa qualité d'enfant putatif, vis-à-vis d'un enfant du deuxième lit d'Estevenet. Mais le tribunal de Mirande (Gers), par un jugement du 28 juin 1829, le débouta de sa demande, lui opposant le manque de cohabitation de ses parents et le fait que le jugement du tribunal civil de Tarbes n'avait pas relevé leur bonne foi. Sur appel de l'intéressé, la Cour d'Agen confirma la décision du tribunal de Mirande, parce que la bonne foi, disait-elle, n'était pas démontrée dans l'espèce (24).

L'erreur des jurisconsultes, qui soutiennent la thèse contraire, s'explique par une fausse analyse des choses. Tout d'abord, ils estiment que le jugement se borne à maintenir certains effets du mariage, alors qu'en réalité il fait plus : il maintient pratiquement, sous certaines conditions et pendant une certaine période, le mariage lui-même. L'on s'aperçoit de la nuance qu'il y a entre ces deux explications. L'objet de la demande en nullité porte sur la disparition radicale des effets qui ont pu se produire à la suite de la formation de l'union entachée de nullité. Par contre, lorsqu'on revient sur le jugement qui a déclaré nul le mariage, pour lui faire produire des effets civils, les parties ne contestent ni la nullité du mariage, ni l'erreur primitivement commise. Ils admettent si bien la sentence qu'ils veulent en profiter pour jouir, selon le vœu de la loi, de leur bonne foi. Quant aux objections qui ont été faites à ce système, elles ne nous semblent pas décisives. Jusqu'à quelle époque, a-t-on dit, admettra-t-on cette liberté ? Nous répondons : aussi longtemps que le jugement sur la bonne foi n'est pas passé en force de chose jugée. Nous sommes les premiers à reconnaître les dangers d'une telle latitude, mais le péril nous semble un moins grand inconvénient que la privation pour les enfants, dans la majorité des cas, des bienfaits de l'institution du mariage putatif (25).

93. — Ces mêmes auteurs ont soutenu que le juge, dans son pouvoir souverain, pouvait statuer sur la bonne foi, sans que les parties aient conclu dans ce sens. Examinons brièvement ce point, qui est d'une importance extrême dans notre matière. Selon cette

(24) Agen, 14 juin 1890, *loc. cit.*
(25) V. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op* et *loc. cit*

opinion, le défendeur à la nullité conclut subsidiairement et *ipso facto* à la bonne foi. Le juge, en statuant sur la question de bonne foi, n'agit donc aucunement *ultra petita* (26).

Au contraire, nous sommes d'avis que le juge ne saurait prononcer le mariage putatif sans conclusion conforme des parties à cet égard (27). La demande de la putativité et celle de l'annulation sont, d'après nous, divisibles, et ne sont pas censées être implicitement contenues l'une dans l'autre. Nous avouons qu'une certaine jurisprudence manifeste une tendance en sens contraire, ce qui ne nous empêche pas de maintenir notre point de vue. Notamment, le tribunal civil de Blida décida que: « *Spécialement le tribunal qui constate l'inexistence d'un mariage peut, bien que non saisi de conclusions dans ce sens, décider que cette union aura les effets d'un mariage putatif* » (28). Lorsque la cause vint en appel devant la Cour d'Alger, le jugement des premiers juges fut confirmé par la Cour, dans les termes suivants : « *Attendu, en effet, que le juge ne statue pas* « ultra petita » *lorsqu'il se prononce sur des choses virtuellement demandées par les conclusions des parties; qu'en l'espèce, ayant à déterminer quelle était la condition juridique des mineurs, il était nécessairement amené à rechercher quel était le caractère de leur filiation... qu'en déclarant que le mariage nul devait produire les effets d'une union légitime en tant que mariage putatif, il n'a fait que se prononcer sur un moyen qui était de nature à motiver la décision sur la demande principale* » (29).

94. — Une grave question a divisé les esprits à propos de la portée du jugement déclarant le mariage putatif. Faut-il décider que, conformément aux dispositions contenues dans l'art. 1351 C. civ., il n'aura d'effets qu'à l'égard des personnes en cause, ou au contraire doit-on supposer qu'il s'étendra indifféremment à tous ? L'on aperçoit l'importance d'un tel problème. Deux principes s'opposent, dans toute leur vigueur : celui de la portée du

---

(26) Huc, *op. cit.*, tome II, n° 169. Cpr. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, n° 1911. Cass. rej., 8 janvier 1930, *Semaine Juridique*, 1930, p. 350 (dans ses motifs); Alger, 1er février 1933, D. P. 1934, 2, 104.

(27) Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. et loc. cit.*; Bartin, sur Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*; Gaudemet, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1910, p. 97 ss. Cpr. Garsonnet, *Tr. de Procédure*, VI², n° 2358.

(28) Trib. Civ. de Blida, 31 déc. 1931, D. P. 1932, 2, 113, note Chauveau.

(29) Alger, 1re Chambre; 1er févr. 1933; D. P. 1934, 2, 104.

jugement d'une part et celui du champ d'application de notre institution de l'autre. Que décider ? Imposera-t-on au mariage putatif les limites assez étroites et par trop modestes que la loi assigne aux jugements déclaratifs ? Au contraire, déliera-t-on, par un geste hardi, notre institution de toute contrainte étrangère qui voudrait l'enfermer dans un cadre trop réduit ? C'est tout l'avenir de l'institution du mariage putatif qui en dépend, c'est en quelque sorte, pour elle, une question de vie ou de mort, de stagnation ou de développement prodigieux. Aussi, nous nous efforcerons de bien délimiter les forces et les intérêts en présence, en écartant, après mûre réflexion, ceux qui nous sembleront les moins bien fondés.

Lorsque, pour la première fois, se présenta devant la jurisprudence la question de savoir à l'égard de quelles personnes le jugement déclarant la nullité d'un mariage devait être censé prononcé, la Cour d'Agen décida qu'un tel jugement devait être entendu comme s'étendant *erga omnes* (30). De la sorte, l'enfant qui n'avait pas été représenté à l'instance en nullité se vit accorder le droit de réclamer, longtemps après, le bénéfice de la putativité. La doctrine ne tarda pas à s'emparer de cet arrêt, à vrai dire exceptionnel, puisque fondé sur le cas particulier de l'art. 180 C.C., qui ne permet qu'à une seule personne d'intenter l'action en nullité, pour construire une théorie générale destinée à avoir un grand retentissement. D'après cette théorie, il fallait étendre un tel système aux autres cas de nullité relative (pouvant être invoqués par plusieurs personnes), absolue et même aux cas d'existence (31). Il devait en être de même pour les jugements confirmant la validité du mariage. L'opinion de ces auteurs se fonde sur divers arguments, dont nous n'avons pas ici à faire ni la critique, ni le résumé. Bornons-nous à dire que les défenseurs de ce système furent fort impressionnés par l'inefficacité du jugement qui résulterait pratiquement au cas où la théorie contraire serait appliquée aux articles 180, 182, 184, 189 et 190 du C. C. Il faut observer, d'autre part, que la doctrine n'était pas tout à fait unanime quant aux raisons juridiques qu'il fallait donner pour écarter d'une façon

(30) Agen, 14 juin 1890, S. et P. 1893, 2, 4.

(31) Bartin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, 5e éd., § 459, p. 57 ss.; texte et note 2 *quater*; Baudry-Lacantinerie et Guyot, *Précis de Droit Civil*, 14e éd., n° 473; Planiol et Ripert, *Tr. élém. de Dr. Civ.*, I, 6e éd., nos 1088-1089; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome II, *Des personnes*, nos 1880 ss.; Le Loynes, note au Dalloz, 1891, 2, 153. Cpr. Aubry et Rau, *op. cit.*, *eod.* éd., § 545 bis, note 44.

si ouverte, en matière de nullité, l'application restrictive de l'art. 1351 C. C. Ainsi, tandis que certains auteurs voyaient là une confirmation du principe que l'art. 1351 C. C. est étranger aux questions d'état (32), d'autres l'écartaient uniquement à titre temporaire, tout en se proclamant fervents partisans de l'universalité du principe posé par l'art. 1351 C. C. (33). Quoiqu'il en soit, la doctrine retrouvait sa cohésion originaire pour décider que le jugement qui repousse la nullité d'un mariage doit être considéré comme ayant statué *inter partes* exclusivement. Cette théorie sur les jugements de nullité en général fut, comme l'on sait, rejetée par la Cour de Cassation (34), dont la sentence, d'ailleurs, n'empêcha pas les Tribunaux de continuer à trancher la question dans le sens de l'opinion traditionnelle (35).

95. — Quels sont les enseignements que l'on doit tirer de ce rappel des principes pour résoudre le problème tel qu'il se pose dans la matière du mariage putatif ? Les auteurs et la jurisprudence ne nous fournissent pas, malheureusement, de données précises et, le plus souvent même, la difficulté est passée sous silence. Cependant, nous pensons qu'il est possible d'élaborer une théorie, à partir de l'opinion émise par Aubry et Rau (36). Le système proposé par ces auteurs a le mérite d'être doué d'une extrême simplicité. On ne saurait néanmoins adhérer à ce système sans porter une grave atteinte à l'essence et à l'utilité du mariage putatif qui, comme le mariage lui-même, impose l'universalité et la généralité dans ses effets.

La chose jugée sur l'application des articles 201 et 202 C. C., dans l'action en nullité intentée par les époux, disent ces auteurs, *profite ou nuit aux mêmes personnes auxquelles profite ou nuit le jugement prononçant la nullité du mariage, mais seulement dans le cas où l'application des articles* 201 *et* 202 *C. C. a été écartée.* Dans le cas contraire, ajoutent-ils, le jugement rendu ne produit ses effets, quant au caractère putatif du mariage, que dans

(32) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, *Des personnes*, tome III, n° 1889; de Loynes, note citée; Chéneaux, *De l'autorité de la chose jugée dans les questions d'état*, Bordeaux, 1895, p. 75 et 78. Contra : Cass. Civ., 23 avril 1925, D. P. 1925, 1, 201 et la note de M. Savatier.

(33) Bartin sur Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*

(34) Chambre Civile, 23 avril 1925, D. P. 1925, 1, 201 et la note de M. Savatier.

(35) Trib. Civ. de Privas, 12 nov. 1936, La Loi, 25 janv. 1937, et la note de M. Lévy ; et 3 juin 1925, dans les n°s 12, 13, 14 déc. 1926, du même journal.

(36) Bartin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, 5e éd., 1913, texte p. 79, notes 27 et 28.

les rapports des parties en cause. Ce qui revient à dire que lorsque les juges ont admis l'application des art. 201 et 202 du Code civil, le jugement n'a d'autorité que « *inter partes* ». Nonobstant cette dernière théorie restrictive, ils finissent par accorder aux enfants le droit d'invoquer n'importe quel droit qui découlerait des effets de la bonne foi de leurs parents.

Nous pensons, au contraire, lorsqu'un jugement a été rendu constatant la bonne foi des parents et leur attribuant les effets du mariage putatif, que ce jugement doit avoir une étendue aussi large que possible et être opposable *erga omnes*. La doctrine, que nous nous permettons de combattre, s'appuie sur des raisons péchant par trop de logique et qui paraissent moins convaincantes lorsqu'on pénètre au fond des choses. M. Bartin a fait observer qu'en attribuant la même extension à la chose jugée sur la question de nullité du mariage et à la chose jugée en matière de mariage putatif, il n'entendait pas méconnaître la séparation que la doctrine établit entre ces deux questions, ni les conséquences qui dérivent de cette distinction, quant à la saisine du juge (37), mais qu'il faisait seulement jouer la règle relative aux jugements statuant dans le sens de la validité du mariage, et cela quelle que soit la raison sur laquelle la validité du mariage est fondée (38).

96. — Dans ce raisonnement, on peut distinguer deux arguments nettement distincts, qui méritent une double réponse. Le premier a trait à la nature respective des actions en nullité du mariage, d'une part, et en demande de putativité, d'autre part. Le deuxième argument concerne l'assimilation des deux sortes de mariage : le mariage valable et l'union putative. Nous examinerons ces deux arguments séparément et successivement, pour bien marquer leur importance.

Il est hors de doute que si la partie d'un jugement déclarant la nullité du mariage a une portée universelle et s'applique *erga omnes,* tandis que celle qui octroie le bénéfice de la putativité ne jouit que d'une portée restreinte *inter partes,* il n'y a pas méconnaissance du principe de la séparation qui doit gouverner ces deux actions. Le juge se trouve saisi distinctement, sa décision sur chacun de ces deux chefs diffère et quant à sa nature

(37) Bartin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, 5e éd., 1913, p. 79, note 28.
(38) Bartin sur Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*

déclarative ou constitutive et quant à sa portée. Toute autre est la situation lorsque le tribunal prononce la nullité du mariage tout en rejetant la demande des effets du mariage. Dans cette hypothèse, d'après l'opinion que nous combattons, les deux décisions émanant du tribunal doivent avoir une autorité absolue. Or, quoiqu'ils en disent, si les auteurs ont su maintenir une démarcation nette entre ces deux actions lorsque le tribunal écarte la putativité, ils la sacrifient à leurs arguments dans l'hypothèse où le tribunal accueille la demande des époux. La portée générale du jugement de nullité du mariage se trouve, malgré eux, rejaillir sur celle du jugement qui constate la bonne foi des conjoints. En opinant de la sorte, nous voyons donc que les auteurs sont inconséquents avec eux-mêmes.

Cette critique, purement négative, ne suffit pas cependant pour justifier notre théorie. Il faut venir à la deuxième raison invoquée, d'autant plus que ce sera cette seconde raison qui nous permettra de découvrir la cause déterminante de l'erreur commise par la thèse que nous combattons. Prétendre qu'en restreignant la portée du jugement déclarant la putativité et en le faisant agir *inter partes,* l'on se contente d'appliquer la règle relative aux décisions confirmant la validité du mariage, c'est, à n'en pas douter, réaliser mentalement une assimilation dangereuse. Il ne s'agit pas de rapprocher les deux sortes de mariage pour les mettre sur un pied d'égalité, ne fût-ce qu'à propos de la portée du jugement, mais d'examiner si le jugement intervenant pendant le mariage pour affirmer sa validité peut être assimilé à celui qui intervient, par la volonté de la loi, à l'origine de tout mariage putatif. C'est là, et rien que là, que nous voyons la clef du problème. Tous les autres points de vue, pour excellents et compréhensifs qu'ils soient, pèchent en ce qu'ils sous-estiment la nature et l'importance du jugement de nullité dans notre institution. Il est naturel qu'un jugement intervenant pendant le mariage, et statuant dans le sens de sa validité, n'ait pas une portée aussi étendue que celle que l'on s'accorde à lui reconnaître lorsque, au lieu de l'affirmer, il nie l'existence juridique du mariage. Un tel résultat est évidemment conforme à la nature des choses. Au surplus, une telle restriction de l'autorité du jugement ne porte aucun préjudice au mariage lui-même et nous dirons, en allant plus loin, que le jugement n'augmente pas, en quoi que ce soit, la validité originaire dont le mariage était investi du fait de la célébration publique et

solennelle. La preuve en est que si le mariage est cassé par la suite, pour avoir enfreint d'autres prescriptions légales, les mêmes personnes, qui ont vu auparavant maintenir la validité du mariage, seront à même d'invoquer ensuite le jugement de nullité de ce mariage. Un tel jugement n'augmente donc ni ne diminue la puissance initiale que confèrent au mariage les consentements échangés par les époux dans les formes légales. Toute autre est la condition du mariage putatif, où le jugement est un élément essentiel de l'existence de ce mariage. Le jugement est à la base et à l'origine du mariage putatif (nous ne disons pas de ses effets). Nul ne peut invoquer ou se résigner à subir les conséquences de ce bienfait qu'autant qu'une sentence explicite et formelle du tribunal déclare solennellement la putativité. Sans doute, les deux sortes de mariages procèdent du consentement des époux; mais, du point de vue légal, aucun n'est à même de produire d'effets civils que lorsque ce consentement a été échangé publiquement et avec toutes les formalités requises. Lorsque le consentement a été ainsi échangé, le mariage régulier est opposable *erga omnes,* dès son origine, indépendamment de toute sentence ultérieure. A l'opposé de cette lumière et de cette publicité, dont se pare le mariage, l'effacement de l'union putative fait un contraste saisissant, qu'il est impossible de ne pas remarquer. La publicité que les époux véritables ont su donner à leur union, dès l'origine, et qui impose le respect de tous, les époux putatifs ne la donnent à la leur que par l'intervention du juge. Voilà où réside la distinction essentielle, qu'il ne faut jamais perdre de vue si l'on veut apprécier les choses telles qu'elles sont.

Un argument décisif nous est fourni par les auteurs et vient confirmer notre point de vue. Lorsqu'un mariage valable, mais que l'on avait toute raison de croire nul, parce qu'entaché d'une nullité absolue et, par conséquent, inefficace à l'égard de tous, vient à être validé par la suite en justice, le jugement de validité est considéré comme ayant une portée absolue et générale. Dans ce cas, la décision du juge remédie au vice matériel ou légal dont était entachée la célébration. Ce résultat, tout à fait exceptionnel et en quelque sorte anormal, se produit dans l'hypothèse de l'article 189 C.C., du moins suivant l'opinion d'une partie de la doctrine que nous combattons (39). Mais nous acceptons cette opinion, pour

(39) Baudry-Lacantinerie et Guyot, *Précis de Dr. Civil,* tome I, nº 473. Contra: Bartin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, § 461, p. 79, note 28 *in fine.*

mieux réfuter la position que la doctrine en général prend à l'égard de notre sujet. Elle nous affermit, une fois de plus, dans notre opinion, à savoir que le point à envisager n'est pas celui de la nullité ou de la validité du mariage, mais celui du rôle et de l'importance intrinsèques que possède le jugement dans les deux sortes de mariages.

Concluons dans le sens de la portée générale et absolue du jugements attribuant ou repoussant les bienfaits de la putativité aux parties. C'est la seule solution qui satisfasse pleinement la nature et l'utilité de l'institution qui doivent tendre à se rapprocher le plus possible d'un mariage pleinement valable et non d'un jugement statuant sur la validité du mariage.

97. — Il nous reste à examiner une dernière question se rattachant étroitement à la portée du jugement déclarant la putativité. Le législateur, après avoir réglé en détail l'attribution des diverses actions en nullité, dans les articles 180 et ss. C. C., passa sous silence la question de savoir si le droit d'invoquer les articles 201 et 202 C. C. appartenait exclusivement aux époux. Nul doute qu'il ne doit en être ainsi que si l'action qui résulte de ces derniers textes est une action purement personnelle, dans le sens que l'art. 1166 C. C. donne à cette expression. Au cas contraire, tous ceux qui ont un intérêt né et actuel, de quelque sorte que ce soit, pourront invoquer le bénéfice des articles de la loi. C'est bien dans ce dernier sens qu'inclinent MM. Aubry et Rau, les seuls auteurs qui, à notre connaissance, se soient arrêtés à l'analyse de ce problème (40). De son côté, la jurisprudence a décidé que les enfants issus du mariage pourront invoquer, au même titre que leurs parents, le bénéfice du mariage putatif (41).

A vrai dire, il n'existe pas de raisons pour en décider autrement; aussi, sommes-nous d'avis que le droit d'invoquer les art. 201 et 202 C. C. ou, ce qui revient au même, un des effets du mariage putatif, appartient en premier lieu aux parents et aux enfants, et ensuite aux tiers qui peuvent avoir un intérêt pécuniaire à la déclaration de la putativité. Nous tirons précisément un argument dans ce sens du silence volontaire du législateur.

---

(40) Bartin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, 5e éd., 1913, § 460, texte p. 80, note 30. Cpr. ces mêmes auteurs, *op. cit.*, § 312, textes et notes 41 et 42.

(41) Agen, 14 juin 1890, S. et P. 1893, 2, 4.

§ 3. — *Nature des jugements auxquels est subordonnée la putativité*

98. — Grâce aux développements que nous avons donnés à cette première condition de la putativité, il nous est aisé de répondre. Le refus ou l'accord du mariage putatif ne peut résulter que d'un jugement qui déclare la nullité du mariage. En outre, si la demande de la putativité a été faite postérieurement au jugement de nullité, le deuxième jugement rendu par le tribunal est conditionné par le premier. De la sorte, les juges repousseront toute demande tendant à faire constater la bonne foi des époux, alors que le premier jugement consacrait la validité de l'union ou prononçait le divorce. Ces sortes de jugements sont incompatibles avec la putativité; leur nature est si distincte qu'aucun accommodement n'est possible. Autant s'harmonisent parfaitement deux jugements, l'un déclarant la nullité de l'union viciée, l'autre accordant les effets que la loi attribue aux époux de bonne foi, autant sont rigoureusement inconciliables un jugement prononçant entre les conjoints la dissolution du lien conjugal par divorce et un jugement déclarant ces mêmes époux des conjoints putatifs.

99. — Il convient d'examiner ici certains conflits qui peuvent se présenter dans la pratique, entre la compétence des tribunaux civils et celle des tribunaux répressifs. Bornons-nous à envisager certaines hypothèses qui ont déjà été signalées par les auteurs, mais qui n'ont pas toujours été résolues d'une façon satisfaisante.

Supposons que l'un des époux ait été condamné pour bigamie, en résultera-t-il que cette condamnation le privera plus tard du bénéfice du mariage putatif ? On a dit que le lui accorder ce serait violer l'art. 1351 C. civ., puisque la mauvaise foi en matière de mariage putatif et la responsabilité criminelle sont en somme inséparables. Au surplus, a-t-on ajouté, l'action civile est inséparable de l'action publique (art. 2 et 637 C. instr. crim.) ; or, si cette dernière est éteinte, l'autre ne peut subsister. A ces objections, on a répondu que l'action en nullité du mariage n'est pas connexe à l'action criminelle, comme le serait une action en dommages et intérêts (42). Tout en concédant que la demande en nullité n'est

(42) P. Gaudemet, *Du mariage putatif et de ses effets*, thèse, p. 82.

par connexe à l'action criminelle, nous pensons qu'il est possible de porter la discussion sur un autre terrain. Décider que l'union en vertu de laquelle l'un des époux a été condamné pour bigamie produira les effets civils du mariage putatif suppose que le mariage a été annulé dans l'intervalle compris entre la sentence pénale et le jugement de putativité. Dans ces conditions, ce dernier jugement ne porte aucune atteinte à la chose jugée, pas plus que le jugement d'annulation du mariage lui-même. En outre, le seul fait que l'époux bigame ait cru devoir supporter la peine, sans invoquer la nullité de sa deuxième union ni la bonne foi dans laquelle il l'avait contractée, prouve à l'évidence qu'il était convaincu de la validité de ce deuxième mariage. Sa bonne foi en matière de mariage putatif est, peut-on dire, incontestable. A moins évidemment de supposer que s'il n'a pas invoqué sa bonne foi, lors de sa condamnation au criminel, c'était précisément parce qu'il aurait douté de la sincérité de ses affirmations. Quoi qu'il en soit, ce sera aux juges, qui décideront de la validité de cette deuxième union, qu'il appartiendra de statuer en matière de mariage putatif.

100. — Une deuxième hypothèse peut se présenter, qui est beaucoup plus facile à résoudre. Si la question de la bonne foi est soulevée par l'un des époux qui prétend se retrancher derrière l'exception de l'art. 324-2° Code pénal, la justice criminelle sera-t-elle compétente pour déclarer que le mariage nul a été contracté de bonne foi ? Le renvoi nous semble la seule solution possible. La qualité essentielle dans cette matière est celle d'époux et d'épouse; si elle manque, cet article reste sans application. Mais seul le tribunal civil pourra en décider (43).

101. — Revenons aux matières exclusivement civiles, pour préciser ce que l'on doit entendre, à notre avis, par jugement de nullité. La jurisprudence s'est montrée à cet égard, il faut le reconnaître, particulièrement libre avec les termes de la loi. A-t-on jamais pu supposer, pour si ingénieux que l'on se prétende, un cas plus bizarre, où les principes les plus élémentaires sont méconnus avec une inégalable désinvolture, que celui que nous offre un arrêt de

(43) V. Gaudemet, thèse citée, p. 94. L'art. 182 du Code Forestier admet le renvoi dans une matière infiniment moins importante que la nôtre. *Les Codes annotés, Code Forestier*, art. 182, p. 489-499.

la Cour d'Alger ? (44). Voici les faits : le 9 nov. 1904, un mariage fut célébré devant le muphti; cette union fut suivie, après quelques mois de cohabitation, d'un nouvel engagement contracté cette fois devant l'officier de l'état civil de la ville d'Oran. Deux mois plus tard, le mari demandait le divorce, imité par sa femme qui, dans une demande reconventionnelle, lui reprochait des faits se rapportant à l'époque intermédiaire entre les deux mariages. Le mari soutenait, au contraire, qu'aucun fait antérieur à la deuxième célébration ne pouvait être retenu contre lui. La Cour décida, non sans raison, que seul le dernier mariage contracté entre les mêmes personnes méritait un tel nom et que le premier devait, à juste titre, être considéré comme nul, parce que contracté devant une personne dépourvue de toute qualité. Mais elle rédigea comme suit son dispositif : « Le mariage putatif... doit avoir toutes les conséquences d'un mariage valable. Il n'existe dans les lois aucune exception relative au divorce. Il s'ensuit que l'époux de bonne foi doit être autorisé à prouver, *à l'appui d'une demande en divorce,* les faits qu'il articule à partir de ce mariage, aussi bien que s'il était valable ». La sentence reproduit, dans ses motifs, les mêmes erreurs. Or, le législateur n'a certainement jamais eu l'idée de faire jouer, entre les mêmes personnes, deux institutions de nature et de portée différentes, comme sont le mariage valable et régulier et le mariage putatif. Combien plus juridique nous semble une autre décision, qui satisfait pleinement aux principes que le législateur a si nettement posés dans l'art. 201 C.C. (45).

102. — Si les libertés urises par certains arrêts sont répréhensibles, il faut se garder de tomber dans l'excès, non moins critiquable, qui consisterait à vouloir interpréter les textes d'une façon trop rigide. Une telle conduite n'aurait d'autre résultat que d'anémier notre institution, en dépit des raisons sociales, juridiques et morales qui militent en sa faveur. Aussi, préférons-nous nous rallier à une doctrine qui, tout en modelant ses principes d'après l'intention présumée du législateur, sait comprendre les besoins qui se manifestent dans la vie courante. C'est parce que l'institution du mariage putatif s'achemine vers une destinée pleine de

(44) Alger, 2 nov. 1905, Rev. Alg., 1906, p. 63 et la note E. Larcher.
(45) Trib. Civ. Seine, 1re Chambre, 15 mars 1932; D. P. 1934, 2, 75. Cpr. Cass. req. rej., 7 mars 1932, D. H. 1932, p. 268.

promesses, dans la science du droit, qu'il convient de découvrir tous les moyens dont elle dispose pour se développer.

Ainsi, nous pensons qu'il n'est nullement nécessaire que le mariage ait été déclaré nul par un jugement qui, tout à la fois, constate l'empêchement et applique la sanction légale. Le mariage putatif peut résulter d'un jugement annulant en même temps un divorce et le mariage célébré à la suite de ce prétendu divorce. Aucun inconvénient doctrinal ne s'oppose à l'admission de cette pratique, qui s'est parfois manifestée dans la jurisprudence des tribunaux. Les parties peuvent être censées n'avoir consenti à s'épouser que dans la croyance que le divorce de l'un d'eux et d'une troisième personne était efficace. Une hypothèse de cette espèce peut se présenter dans le cas d'un jugement étranger qui prononce le divorce, malgré une prohibition tenant à l'ordre public du pays où il s'agit d'en réclamer les effets, où, en particulier, les époux croient pouvoir librement contracter une nouvelle union. Nous ne voyons pas d'inconvénients à admettre dans cette hypothèse la solution que la jurisprudence a parfois appliquée dans des cas analogues, notamment dans l'espèce résolue par un arrêt de la Cour de Paris du 9 fructidor an XIII (46). En 1771, le sieur Blanchard épousa la dame Dufay. Après plus de vingt ans de vie commune, il divorça le 15 vendémiaire an V, profitant des dispositions de la loi du 20 septembre 1792. Il supporta mal son état de célibataire, puisque cinq jours plus tard il épousa la dame Grandelle. De son côté, la dame Dufay demanda la nullité de son divorce... mais le tribunal de la Seine la débouta de sa prétention. La Cour de Paris, au contraire, y fit droit, mais elle considéra que : « *le mariage contracté sous la foi du divorce ne laisse pas, encore que le divorce vienne à être déclaré nul, de produire des effets civils en faveur de l'époux qui a été de bonne foi* ».

Citons un cas plus récent : le 18 janvier 1791, le sieur Sechaud (Vaudois) épousa à Genève la dame Sallicofre. Ils vinrent s'établir à Duingt (canton d'Annecy), où ils divorcèrent par consentement mutuel le 3 germinal an X. Cette fois, ce fut la femme qui profita du divorce pour se remarier. Bien des années après, la famille du deuxième mari soutint que ce mariage était nul et que les enfants qui en étaient issus devaient être tenus pour adultérins, puisque le divorce par consentement mutuel n'était pas admis par le légis-

(46) S., tome V, p. 108.

lateur. La Cour de Chambéry reconnut le bien fondé de la demande mais estima que, quoique le deuxième mariage devait être tenu pour nul, les enfants qui en étaient nés devaient être protégés par le bienfait de la putativité (47).

1° Une nouvelle source de nullités

103. — Nous devons aborder maintenant l'étude d'un sujet d'une extrême importance. Rarement les destins d'une institution ont été, autant que ceux du mariage putatif, influencés par des institutions ou par des principes connexes. Un courant d'influences réciproques s'est constitué et il s'est formé un enchevêtrement des principes, où le plus habile des dialecticiens aurait parfois quelque difficulté à discerner à coup sûr les traits qui appartiennent à l'une ou à l'autre des institutions en conflits. A peine notre théorie venait-elle de naître à la vie juridique, en apportant un correctif bienfaisant à la rigidité implacable et cruelle du principe des nullités du mariage, que les esprits furent agités par une idée nouvelle qui, à elle seule, était susceptible de paralyser ou de vivifier notre institution : il s'agit de la théorie de l'inexistence du mariage. Lorsque les théoriciens crurent pouvoir distinguer, parmi les causes de nullités, cette nouvelle espèce, la question se posa de savoir si le législateur avait voulu éluder la faveur accordée aux époux et aux enfants putatifs, en cas de mariage inexistant. Il est évident qu'aux yeux des auteurs un mariage contracté avec si peu d'égards aux règles établies était entaché d'une faute objectivement lourde. La question qui se posait était donc de savoir si, lorsque les caractères essentiels de l'acte même du mariage avaient fait défaut, on pouvait supposer que la bonne foi des conjoints était suffisante pour suppléer l'erreur commise. La question prit une ampleur internationale et dépassa de beaucoup les cadres que ses auteurs lui avaient primitivement assignés. Ses répercussions se firent sentir dans toute la matière du mariage, mais principalement dans le domaine du mariage putatif.

Sous l'influence de la doctrine, le bénéfice de la putativité fut refusé, à l'étranger, au mariage inexistant, dans un nombre infini

(47) Chambéry, 15 juin 1869, D. P. 1869, 2, 188; Lyon, 24 février 1881, D. P. 1881, 2, 199; Rouen, 6 avril 1887, D. P. 1889, , 17. Dalloz aîné, *Répert.*, v. *Mariage*, n° 582, 3° et supp. au *Répert.*, *eod.* verb., n° 321, 5°.

de cas, ce qui finit par enlever au mariage putatif toute raison pratique d'exister. En France, la menace constante à laquelle les auteurs l'exposèrent, ne fut parée que grâce au refus formel de la jurisprudence d'accepter la distinction doctrinale entre les cas de nullité et les cas d'inexistence. L'épreuve à laquelle fut soumise la théorie du mariage putatif fut cependant de nature à l'ébranler dans ses fondements mêmes. Nous nous abstenons, naturellement, de formuler toute appréciation critique à l'égard de cette célèbre théorie, mais nous songeons qu'elle a failli, dans le mouvement que lui imprima la doctrine, cloîtrer à jamais la théorie de la putativité dans un cadre étroit et misérable. Ce fut à l'honneur de la pratique jurisprudentielle de défendre, cette fois, l'intégrité et l'existence même de notre théorie, dont le bien fondé juridique n'a d'égal que l'utilité de son application pratique.

104. — Résumons le contenu de cette théorie de l'inexistence. Examinant les causes de nullité des contrats, la doctrine, à la tête de laquelle se trouvait Zachariae, crut apercevoir qu'en dehors des actes viciés par une nullité proprement dite, nullité absolue ou relative, on pouvait distinguer des actes inexistants (48). Contrairement à ce que l'on pourrait croire, cette théorie ne se présenta jamais comme innovatrice et révolutionnaire: tout au contraire, elle prétendit trouver toute sa raison d'être dans les textes et dans une meilleure interprétation de la loi. Plus partilièrement, l'on peut dire qu'elle surgit à propos des causes de nullité du mariage, mais elle ne se tint pas dans ce cadre restreint. Elle ne tarda pas à déborder et fit irruption dans le champ plus vaste des nullités en général (49).

---

(48) Zachariae, *Le Droit Civil français*, tome III, § 460; Concl. de l'av. gén. Desjardins, Cass. Civ., 30 juillet 1900, Dr. P. 1901, 1, 317; Piedelièvre, *Des effets produits par les actes nuls. Essai d'une théorie d'ensemble*, thèse, p. 319.

(49) Sur les origines de cette idée consulter: Planiol et Ripert, *op. cit.*, 5e édit., tome I, nº 347, p. 134; Tissier, note au S. 1903, 1, 257; Loyer, *Les actes inexistants*, thèse, p. 19 ss. Sur son développement, Cpr. Demolombe, *Traité du mariage et de la séparations de corps*, tome I, nº 355, p. 544; Marcadé, *op. cit.*, tome I, nº 242; Aubry et Rau, tome V, 4e édit., § 450; Huc, *op. cit.*, tome II, p. 24; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, *Des personnes*, tome II, p. 273 ss.; Glasson, *Consentement des époux au mariage*, nº 133; Laurent, *Principes de Droit Civil*, tome II, nº 270. Pour la critique et l'application de cette théorie: Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités*, thèse, Aix, 1902; Loyer, *op. cit.*; Piedelièvre, *op. cit.*, p. 324 ss.; Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques*, thèse, Dijon, 1885; Hartemann, *Etude sur la distinction des actes nuls et des actes inexistants*, thèse; Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, thèse; Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie*

La faveur indiscutable que représente le mariage putatif sembla peser plus lourdement dans la balance, lorsqu'il fut question d'excuser les époux qui avaient contracté un mariage inexistant et non plus simplement un mariage nul. Il sembla que notre théorie était inéluctablement condamnée par avance. N'est-il pas plus logique, en effet, de supposer que le législateur n'a entendu étendre le bienfait légal qu'aux cas de nullité ? Quoi qu'il en résulta par la suite, il faut reconnaître que nul point de droit ne fut examiné avec plus de nonchalance que celle dont firent preuve les premiers auteurs qui examinèrent la question. Ils se montrèrent beaucoup plus soucieux de faire triompher leurs idées sur le principe de l'inexistence, alors en vogue, que de s'efforcer de discerner si, d'après l'esprit de l'institution du mariage putatif, il fallait admettre l'extension ou la restriction de la théorie de l'inexistence.

2° Rapports entre la théorie de l'inexistence et le principe de la putativité

105. — Dans les conditions que nous venons de rapporter, il faut reconnaître que les résultats obtenus par les auteurs, pour inconséquents et contradictoires qu'ils fussent, ne furent nullement inattendus. Avec ses innombrables discussions stériles, la doctrine sembla avoir fait de ce sujet un vrai nœud gordien. Elle s'habitua à résoudre les problèmes qu'elle même se posait, à la manière du Conquérant Macédonien. La cause de ces difficultés doit être attribuée, pensons-nous, à la façon illogique dont la doctrine, à la suite des premiers théoriciens, posa le problème. Doit-on considérer, disaient les auteurs, que la bonne foi des conjoints est assez puissante pour effacer un pareil vice dont souffre l'union ou, au contraire, doit-on la supposer incapable de relever ceux qui ont contracté une telle union, fussent-ils dans l'ignorance de la faute commise ?

Il est superflu de dire que nous repoussons, parce que dépourvue de sens juridique, toute conclusion affirmative ou négative tirée

---

nouvelle, thèse. Concl. de l'av. gén. Desjardins, Rec. Gaz. des Trib., 1900, 2e sem., I, p. 123; Naquet, note au Sirey, 1912, 1, 249, sous Cass. Civ., 5 janv. 1910. Contra: Capitant H., *Introduction à l'étude du Droit Civil*, p. 25 ss. et p. 265, note 1.

d'une semblable argumentation. Les auteurs qui se sont occupés de cette question ont toujours traité le problème de l'inexistence à propos de la condition de la bonne foi. Une pareille argumentation et une semblable méthode ont contribué, plus que toute autre chose, à soumettre la question à l'arbitraire. La condition de la bonne foi s'est vue attribuer, une fois de plus, une tâche qui ne lui incombait pas et, ce qui est plus grave, qu'elle ne pourra jamais remplir. Raisonner de la sorte, c'est porter la discussion sur un terrain abstrait et improductif de toute vérité pratique. Pourquoi vouloir confier à une seule des conditions auxquelles le législateur a voulu soumettre l'institution, la charge de mesurer ses forces avec un principe contraire, susceptible de détruire tout l'ensemble ? C'est évidemment ce qu'ont fait les premiers auteurs qui s'occupèrent de la question.

Par les résultats qu'ils obtinrent avec une pareille méthode, nous saurons apprécier, mieux qu'avec des objections, la fragilité de leur raisonnement. Ce furent en réalité des conclusions tout à fait décevantes, qui montrèrent une gamme infinie d'opinions, allant du refus le plus absolu de la théorie de la putativité à l'acceptation la plus libérale.

Nous sommes d'avis que le centre de la question se trouve à l'intérieur de la condition relative au jugement d'annulation. Mais il faut nous garder de tomber, à notre tour, dans l'erreur, en demandant à cette condition de nous fournir la clef du problème. Nous nous bornerons à observer que la condition relative au jugement est mieux placée que les conditions relatives à la bonne foi et au contrat pour nous renseigner sur le point de savoir si un mariage inexistant remplit la première condition exigée par le législateur, d'être tout d'abord un mariage déclaré nul. Ce problème résolu, la question nous semblera beaucoup plus claire et nous n'aurons qu'à nous demander si les autres conditions sont susceptibles de se rencontrer en cas d'inexistence, aussi bien qu'en cas de nullité du mariage. S'il en est ainsi, nous n'aurons pas de peine à admettre la putativité dans tous les cas d'inexistence.

3° Historique de l'opinion doctrinale et jurisprudentielle sur la question

106. — Les avis sont partagés. Tout à fait symptomatique est l'opinion du fondateur de la nouvelle théorie des nullités qui se refusa à

voir dans le mariage putatif une exception au principe, comme il est de règle en cas de nullité (50). D'autres auteurs dont l'autorité est incontestable, se sont par la suite déclarés aussi pour la négative (51). Cette résistance est d'ailleurs beaucoup moins solide qu'on ne serait tenté de le croire. D'aucuns sont enclins parfois à considérer que certains cas d'inexistence méritent la faveur de notre institution, sans d'ailleurs pouvoir nous indiquer les raisons sur lesquelles ils fondent leur opinion. De la sorte, il va de soi que l'on ne saurait prendre au sérieux les ménagements dont ils entourent leur refus. Marcadé (52), ainsi que Massé et Vergé (53), portent atteinte au principe qu'ils ont eux-mêmes posé, lorsqu'ils admettent que le mariage célébré devant un officier civil incompétent peut produire les effets civils (54). Par un retour assez paradoxal, le premier de ces auteurs devait renouveler sa contradiction lorsqu'il refusa d'admettre la même faveur en cas de célébration effectuée devant un prêtre (55).

107. — La jurisprudence a, de tous temps, contredit ces théoriciens en voyant dans les mariages célébrés devant un ministre du culte catholique, ou protestant, une célébration pouvant servir de base à notre théorie (56). Cette largeur de vues a été étendue aux mariages célébrés suivant les formes de la religion musulmane, dans les colonies et protectorats qui se trouvent, par la majorité

---

(50) Zachariae, *op. cit.*, tome III, p. 243-244.

(51) Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, p. 46-47; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op cit.*, *Des personnes*, tome III, n° 1096 ss.; Laurent, *Principes de Droit Civil*, tome II, n° 515, p. 650 ss.; Beudant et Lerébours-Pigeonnière, *op. cit.*, tome I, n° 638, p. 520-521; Colin et Capitant, *op. cit.*, tome I, n° 170. V. aussi dans le même sens : Merlin, *Quest.*, V. *Légitimité*, § V. Carteron, *Du mariage putatif et des effets de la nullité en général en matière de mariage*, thèse, p. 63; Hartemann, *op. cit.*, thèse, p. 329; Pize, *op. cit.*, thèse, p. 343-344; Wahl, note sous Cass. Civ., 30 juillet 1900, S. 1902, 1, 225. Bourges, 17 mars 1830, D. P. 1830, 2, 215; Cass. Civ., 18 mars 1868, D. P. 1868, 1, 228.

(52) *Op. cit.*, tome I, art. 201 et 202, n° 693.

(53) Sur Zachariae, *op. cit.*, tome I, texte et note 1, p. 199. Adde : Lyon, chambr. réunies, 28 mai 1869, D. P. 1870, 2, 71.

(54) Contra : Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, tome III, n°s 354-355, p. 523 ss.

(55) Marcadé, *op. et loc. cit.*

(56) Cass. Civ., 21 mai 1810, S. 1810, 1, 35; Paris, 18 déc. 1837, D. P. 1838, 2, 177; Trib. Civ. Bordeaux, 10 août 1881, Clunet, 1883, p. 621; Bordeaux, 5 févr. 1883, Dalloz, Supp. au *Répert.*, V. *Mariage*, n° 319, note 1; Trib. Civ. de la Seine, 30 déc. 1887, D. P. 1890, 2, 81; Paris, 24 avril 1926, S. 1926, 2, 99, D. P. 1927, 2, 9; Bordeaux, 1re Chambr., 16 juin 1937, D. H. 1937, 539 et Revue Bonnecase, 1937, p. 159. Contra : Bourges, 17 mars 1830, D. P. 1830, 2, 215; Alger, 1re Chambr., 5 avril 1906, Rev. Alg., 1907, 2, 233 et la note en sens contraire du prof. E. Larcher. V. Pilastre, *Recherches sur le mariage putatif et la légitimation dans l'ancien et le nouveau Droit français*, thèse, p. 192.

de leur population, appartenir à cette religion (57), et même aux mariages accomplis à l'aide de cérémonies rudimentaires appartenant aux rites primitifs propres aux peuples coloniaux (58). D'une façon plus générale, la jurisprudence décide que l'incompétence de l'officier d'état civil, ou même l'absence de tout représentant de l'autorité publique, ne font pas obstacle à la putativité, qu'il s'agisse d'un ministre se parant d'une fausse délégation, ou d'un consul étranger, ou d'un simple agent diplomatique (59).

Une semblable jurisprudence ne peut qu'être approuvée par la doctrine. En effet, suivant une pensée peu connue de Portalis, bien qu'il n'y ait pas de formes dans tous ces mariages, les époux ne contreviennent pas à la loi. Cette observation est conforme à l'adage romain « Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet » (60).

103. — La pratique libérale de la jurisprudence eut une énorme répercussion dans la doctrine moderne et contemporaine. Certains auteurs, après s'être montrés d'une sévérité excessive, en exigeant une cérémonie comportant toutes les solennités, y compris les paroles de l'art. 75 *in fine* C. C., reculèrent, saisis de scrupules,

(57) Alger, 26 mai 1879, D. P. 1880, 2, 81; Trib. Civ. de Blida, 31 déc. 1931, D. P. 1932, 2, 113; Alger, 1er février 1933, D. P. 1934, 2, 104.

(58) Nîmes, 17 juin 1929, S. 1929, 2, 129. Cpr. Saïgon, 1re Chambre, 11 juillet 1930, Clunet 1933, p. 138.

(59) Paris, 23 févr. 1883, D. P. 1883, 2, 49; Seine, 6 juin 1893, Clunet, 1893, p. 880 et la note; Trib. Supérieur de Monaco, 12 déc. 1899, Clunet 1900, p. 197; Cass. Civ., 30 juillet 1900, D. P. 1901, 1, 317, avec les conclus. de l'av. gén. Desjardins; Alger, 17 nov. 1906, D. P. 1909, 2, 369, note Beauchet; Trib. Civ. de la Seine, 15 mars 1932, D. P. 1934, 2,75.

(60) Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil, Discours sur les protestants*, p. 484. Il convient de remarquer que la plupart des pays européens reconnaissent à leurs consuls le droit de célébrer le mariage de leurs nationaux et même le mariage d'un national avec une étrangère; mais ils se refusent par contre à reconnaître la validité d'un tel mariage lorsqu'il est célébré sur leur territoire par des Consuls étrangers, ou par d'autres personnes qui ont compétence à cet égard d'après les dispositions étrangères. V. à ce sujet: *Questions et solutions pratiques*, Clunet, 1892, p. 417, et 1893, p. 664; Diena, av. florentin, *Des droits de succession d'un enfant né d'un mariage célébré en Italie devant un Consul des U. S. A.*, Clunet, 1893, p. 781 ss. Trib. Sup. de Monaco, 12 déc. 1899, *loc. cit.* En se référant au système français en particulier, il est certain qu'un Consul étranger n'est pas compétent pour célébrer un mariage entre un sujet de la nation qu'il représente et une personne française, car en France les formes françaises doivent être observées. Trib. Civ. de la Seine, 2 juillet 1872, S. 1872, 2, 248 et le renvoi, 21 juin 1873, Journ. de Dr. int. priv., 1874, p. 71; Laurent, *Le Droit Civil international*, tome IV, nos 254 ss. *Les Consuls* étrangers en France peuvent seulement célébrer un mariage entre leurs nationaux. V. notam.: Duguit, *Des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils*, p. 84; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, *Des personnes*, tome II, no 1623; note A. Wahl, au S. 1902, 1, 225. A supposer qu'il y ait des mariages inexistants, celui qui est contracté à l'encontre de ces dispositions en serait un. Aubry et Rau, *op. cit.*, *4e édit.*, tome V, p. 14, § 452, textes et notes 2 et 3; Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome III, no 343; Lyon, 4 avril 1867, S. 1867, 2, 290. V. Cep. Alger, 26 mai 1879, S 1879, 2, 281.

devant ce qu'ils venaient d'avancer. En effet, ils n'hésitent pas à ouvrir une brèche énorme à ces principes orthodoxes, en privant la cérémonie même des conditions indispensables pour sa validité et en admettant le mariage putatif en cas de mort civile (61). D'une façon générale, la doctrine contemporaine est favorable à l'extension de notre principe au cas d'inexistence résultant du défaut de forme, ou de l'incompétence de l'officier d'état civil (62).

Il faut d'ailleurs avouer qu'elle se montre parfois un peu réticente, à raison de la difficulté qu'il y a à fixer une limite précise à la notion d'inexistence puisqu'il est évident que l'on ne peut accepter n'importe quel acte si rudimentaire et passager qu'il soit. Au cas contraire, ce serait, à n'en pas douter, duper la loi et notre institution. Ainsi la doctrine contemporaine décide qu'on ne saurait admettre, comme fondement du mariage putatif, une union contractée entre personnes du même sexe, ou dans laquelle le consentement des parties a fait totalement défaut (63).

Nous partageons cet avis en ce qui concerne les liaisons entre personnes du même sexe, car il est aisé de remarquer que l'on se trouve en présence d'unions qui offensent l'institution du mariage et, la nature humaine, avec tout ce qu'elle a acquis d'élevé et de noble au cours des siècles. Par contre, le manque de consentement mérite un examen beaucoup plus attentif et très minutieux, examen auquel les auteurs négligent parfois de s'arrêter. Des problèmes graves se posent, lorsqu'on envisage, comme nous le ferons par la suite, le cas particulier de l'épouse ayant donné son consentement sous la pression des menaces et de la violence exercée sur elle par son mari ou par ses parents (64). Au surplus,

(61) Demolombe, *op. cit.*, tome I, n° 207 et tome III, n° 356, p. 526-527.

(62) Mourlon et Demangeat, *Répéditions écrites sur le Code civil*, tome I, n° 704, p. 389-390; Planiol et Ripert, *op. cit.*, n°s 1105 ss.; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, *La Famille*, tome II, n° 322, et *Rev. crit. de Lég. et de Jur.*, 1928, p. 261-263; Baudry-Lacantinerie et Guyot, *Précis de Droit civil*, tome I, n° 460, p. 257; Amiot, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1902, p. 584-585; Gaudemet, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1910, p. 408 ss.; Arthaud, *De la bonne foi et de ses effets en matière civile*, Thèse, p. 192; Millet, *De l'Erreur et de la bonne foi en Droit romain et en Droit français*, Thèse, p. 298 ss.; Japiot, *Des Nullités en matières d'Actes juridiques*, Thèse, p. 687, note I ; Piedelièvre, *Des Effets produits par les Actes nuls*, Thèse, p. 211; Gaultier, *Des Demandes en nullité de Mariage et du Mariage putatif*, Thèse, p. 136-137; Loyer, *Les Actes inexistants*, Thèse, p. 119-126; Gaudemet, P., *Du Mariage putatif et de ses Effets*, Thèse, p. 74 ss. Bruxelles, 4 août 1854, Pasic. belge, 52, 2, 381; Alger, 17 nov. 1906, D. P. 1909, 1, 369; Cass. civ., 5 janv. 1910, S. 1912, 1, 249, note Naquet. Cpr. Huc. *op. cit.*, tome II, n°s 161 ss.

(63) Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. et loc. cit.*, et note sous Lyon, 13 nov. 1924, D. P. 1925, 2, 73; Huc, *op. et loc. cit.*; P. Gaudemet, Thèse citée, p. 74.

(64) Etant donné le peu d'exemples fournis par la jurisprudence française sur l'extention du mariage putatif en faveur de l'époux « coactus », nous nous réservons

l'application systématique de la théorie du mariage putatif aux populations dotées d'un degré de civilisation inférieure à celui de la France est susceptible de renverser et d'anéantir toutes les bornes consciemment acceptées auparavant. Quant aux objections qui ont été faites, elles se révèlent comme négligeant volontairement le caractère unilatéral de l'institution du mariage putatif. Pour mentionner le cas qui a été cité, celui de l'idiot, où l'on ne saurait, dit-on, voir aucun consentement valable au mariage, devra-t-on, en conséquence, lui refuser le bénéfice de la putativité ? (65). Nous pensons qu'il ne faut pas négliger l'état d'âme de son conjoint et que l'attribution des effets civils du mariage dépendront, en dernier lieu, de la réponse favorable ou défavorable que l'on donne à cette question. A supposer que la définition que nous donnerons plus tard de la bonne foi, ne puisse être appliquée à ce malheureux dépourvu de toutes les facultés volitives et conscientes de l'âme, il n'en reste pas moins, que la croyance de son conjoint dans la validité du mariage doit être prise en considération. Et ce résultat, nous le répétons, nous ne le déduisons pas exclusivement de l'élément subjectif (la bonne foi) mais avant tout des caractères objectifs qui peuvent avoir accompagné l'acte et qui, lorsqu'ils se rencontrent avec la bonne foi de l'un des époux, sont susceptibles de produire la putativité.

4° Analyse critique des arguments donnés pour résoudre le problème

109. — Les arguments invoqués dans la discussion peuvent se distribuer en trois groupes : *a*) Arguments tirés des textes et des Travaux préparatoires ; *b*) Arguments rationnels ; *c*) Arguments juridiques proprement dits. Nous les examinerons successivement en détail.

a) *Arguments tirés des textes et des Travaux Préparatoires.* — Les termes « déclaré nul » dont le Code s'est servi dans l'art. 201, doivent être interprétés, dit-on, comme s'il était écrit « *annulé* » ; de même le mot « *contracté* » voudrait dire « *célébré* » (66). Au

---

pour donner à cette question épineuse et intéressante, toute l'importance qu'elle mérite, dans l'ouvrage déjà élaboré, que nous consacrerons exclusivement aux droits étrangers.

(65) Huc, *op. et loc. cit.*

(66) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, *Des Personnes*, tome III, n° 1906 ; note E. Larcher, sous Alger, 2 nov. 1905, *Rev. Alg.*, 1906, p. 63. Contra Gaudemet P., Thèse citée, p. 77.

contraire, la majorité des auteurs et des arrêts s'attachent avec raison, à ces mots mis à dessein par le législateur. Nous ne partageons pas d'ailleurs, l'avis de ceux qui y voient des termes équivoques. En réalité, s'il y a quelque chose d'ambigu, c'est à coup sûr la doctrine de l'inexistence, et plus particulièrement les caractéristiques, que la doctrine lui a fait revêtir vis à vis du jugement. Toute la question est de savoir si les cas d'inexistence sont pratiquement visés par la formule du Code. L'on ne tarde pas à s'apercevoir que c'est plutôt aux cas d'inexistence qu'aux cas de simple nullité que la formule du Code s'applique. En effet, conformément à la doctrine, les mariages nuls « ab initio », contrairement aux mariages annulés, ne peuvent faire l'objet d'un jugement constitutif, mais uniquement déclaratif. Le juge se bornerait à constater le vide juridique qu'ils contiennent et les déclare nuls, alors qu'au contraire s'il s'agit des autres empêchements dirimants, il va plus loin, en déclarant la nullité, puisqu'il constitue un nouvel état de choses (67). Donc, pour que l'article ne pût s'appliquer qu'à cette dernière hypothèse, il aurait fallu qu'il soit rédigé de la façon suivante : « Le mariage qui a été annulé... » ou bien encore : « Le mariage dont la nullité a été prononcée ». Ces nouvelles formules eussent certainement exclu, à supposer que le législateur s'en fût servi, l'hypothèse de l'inexistence.

Les adversaires de ce système répondent en invoquant la place qu'occupent les articles 201 et 202 dans le Code. Nous avons déjà examiné cet argument dénué de pertinence, mais nous n'hésitons pas à insister sur certains traits spécifiques du chapitre IV (68). On y peut distinguer trois parties : 1) La partie comprenant les articles 180 à 193 — ayant trait aux causes de nullité — autant qu'aux cas d'inexistence (Art. 180 et 193) ; 2) La partie consacrée à la preuve qui s'applique notamment aux mariages réguliers ; 3) Enfin la partie contenant les deux articles qui s'occupent du mariage putatif, placés à la fin du chapitre, comme pour indiquer leur empire sur les effets pouvant résulter des divers cas de nullité. Mais les partisans de l'opinion contraire ne s'avouent pas vaincus, et tout en semblant reconnaître la justesse de ces vues, ils objectent qu'à supposer qu'il en soit ainsi, le législateur n'aurait jamais

(67) Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 802, 3 ; Coste, *Des Effets de la bonne Foi sur les Mariages nuls et annulés*, Dissertation, p. 70 ; Arthaud, Thèse citée, p. 220.
(68) V. *suprà*, n°s 73 ss.

dû employer le mot « *produit* » mais le mot « *conserve* ». Or, disent-ils, s'il ne l'a pas fait, c'est que les cas d'existence sont exclus, puisque jamais il n'aurait osé attribuer d'effets au néant. Conformément au plan que nous sous sommes imposé, nous traiterons cette nouvelle objection dans la partie rationnelle de notre système.

Maintenant, tournons-nous vers le législateur lui-même, et demandons-nous ce qu'il aurait pensé de toute cette scolastique. La seule fois où la question dont il s'agit s'est posée aux rédacteurs du Code, et fut résolue affirmativement, ce fut lors d'une discussion, célèbre entre toutes, du Conseil d'Etat, à propos de la mort civile, aujourd'hui disparue du Droit français (69). Il ne nous échappe pas que le caractère politique de cette dernière institution eût pu faire échec à notre principe, sur le fondement de l'ordre public. Or, il n'en fut rien. D'une façon solennelle, en réponse à l'argument de Tronchet qui rappelait que le mariage contracté par un mort civil ne pourrait produire des effets civils, ni en sa faveur ni en celle des tiers, M. Réal fit observer que l'état des enfants et de l'autre époux pourrait être assuré par la bonne foi de celui-ci, ce à quoi Tronchet asquiesça (70). Le trait piquant de cette discussion qui, à notre connaissance, n'a jamais été souligné, c'est que les articles 25 et ss. du Code Civil, contenant l'institution de la mort civile, se trouvaient placés, avant son abrogation par la loi du 31 mars 1854 (71), dans un titre fort éloigné des textes réglementant le mariage putatif, et que l'on aurait certainement eu scrupule à les rapprocher sans une indication formelle du législateur.

110. — b) *Arguments de raison.* — Il ne faut jamais perdre de vue ce que représente notre institution dans le Code. Elle n'est pas seulement un ensemble de principes juridiques solidement établis, mais elle « est une disposition de pitié, d'humanité, pour le malheur, d'excuse pour l'erreur » (72). Or, comment pouvons-nous supposer, sous peine d'être illogiques, que le législateur a voulu faire une distinction entre la femme qui épouse un bigame et

(69) *Procès verbal de la séance du 5 vendémaire an X*, 27 septembre 1801, V. Fenet, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*, tome IX, p 48 ss.
(70) V. Coste, Thèse citée, p. 74 et 75; Arthaud, Thèse citée, p. 219.
(71) D. P. 1854, 4, 91.
(72) Marcadé, *op. cit.*, tome I, art. 201 et 202, n° 691, p. 521; Piedelièvre, Thèse citée, p. 521.

celle qui s'unit en mariage avec un mort civil, alors que cette peine était encore en vigueur ? Mieux encore, sommes-nous fondés à établir une distinction arbitraire que les rédacteurs du Code ne nous autoriseraient certainement pas à faire, entre la fille qui épouse son propre père, sans le savoir, et celle qui, en l'absence de tout autre empêchement, se voit nier la validité de son mariage, parce que l'adjoint qui l'a célébré n'était pas régulièrement délégué par le maire ? S'il fallait dire lequel de ces deux cas est le moins irritant pour la société et pour la loi elle-même, qui ne devrait jamais être que la traduction écrite sous forme impérative des principes les plus vitaux et les plus sains, à n'en pas douter, ce ne serait pas le cas dans lequel le législateur a admis formellement le principe du mariage putatif que nous désignerions. Ce n'est pas en songeant qu'une hypothèse requiert une décision constitutive, tandis que l'autre se satisfait d'une sentence strictement déclarative, qu'on saisira le degré de gravité respective. C'est plutôt en examinant les faits eux-mêmes, en dehors de toute construction doctrinale, que l'on arrivera à trouver au problème une solution satisfaisante. « *Il est infiniment désirable...* déclare l'avocat général Desjardins, *que les articles* 201 *et* 202 *soient largement interprétés. L'équité de commande... Mieux vaut ne pas augmenter le nombre des unions illégitimes, des naissances illégitimes ! C'est une mauvaise besogne que d'élargir, au mépris du bon sens, une catégorie de déclassés* » (73). Sous une simplicité apparente, ces phrases relèvent en peu de mots un des aspects les plus navrants de notre société contemporaine. Elles révèlent un état pathologique bien déterminé. Sans doute, le mariage putatif ne constitue pas un remède radical et absolu, mais il n'en reste pas moins qu'il est la seule institution, avec celle de la légitimation, qui soient capables d'enrayer le mal qui consiste à exclure de la légitimité un nombre incalculable d'enfants. Nous connaissons les reproches qu'on peut nous faire, au nom de la morale. Il nous est aisé de répondre que la notion même de morale est loin de revêtir une stabilité et une généralité suffisantes pour être prise comme point de repère. Quoiqu'il en soit, nous pensons que la morale revêt un caractère qui est commun aux richesses ; à force de les accumuler et de les distribuer dans les mains d'une infime mino-

(73) *Concls. de l'Av. génér.*, Desjardins, Cass. civ., 30 juillet 1900, D. P. 1901, 1, 317. Adde: A. Wahl, note *in fine*, sous Cass. civ., 30 juillet 1900, au S. 1902, 1, 225.

rité, elles deviennent immoralité et pauvreté pour la majorité.

On a objecté le péril qu'il y a à se montrer trop bienveillant, surtout si l'on considère qu'il est malaisé, sinon impossible, de fixer une limite convenable au degré minimum d'inexistence. Nous reviendrons plus loin sur cette question, bornons-nous ici à calmer ces craintes injustifiées (74). Il n'est pas exact de dire que les lois se trouvent prises au dépourvu, en acceptant la thèse favorable au mariage putatif. S'il y a des auteurs qui l'ont prétendu, ce sont précisément ceux qui pensent que les effets, dans notre matière, procèdent de la bonne foi des contractants. En faisant ainsi, ils se coupent, eux-mêmes, toute chance de retraite (75). Mais la situation est tout autre. Le mariage putatif ne requiert pas uniquement la condition de la bonne foi pour mériter une faveur particulière de la loi. Au contraire, il en exige d'autres, plus juridiques et plus solides que la bonne foi et qui se rencontrent dans les cas d'inexistence aussi bien que dans les cas de nullité prévus par le Code. Donc, il n'y a pas de raison pour refuser, dans un geste inspiré par la crainte, l'application du bienfait de la putativité.

111. — c) *Arguments juridiques.* — Les négateurs du principe de la putativité, en cas de mariage inexistant, pensent que si, à la rigueur, on peut admettre que la loi ait voulu « maintenir » des effets « vraiment produits », il est inadmissible de supposer qu'elle ait pu aller jusqu'à « créer » des effets en faveur d'une union qui n'en a jamais produit (76). Or, arguent-ils, s'adressant aux affirmateurs, c'est précisément là où vous aboutissez, puisque pour produire quelque chose, il faut, avant tout, avoir existé. Les réponses à ces objections n'ont pas été, il faut le reconnaître, également heureuses. Ainsi, on a soutenu que l'influence de la bonne foi était plus grande dans le cas d'inexistence que dans le cas de simple nullité (77). Dans le premier cas, elle « créerait » en réalité des effets, tandis qu'elle se bornerait à les « conserver » dans la seconde hypothèse, le mariage annulé ayant déjà produit des con-

(74) Pize, Thèse citée, p. 210.
(75) Cpr. Piedelièvre, Thèse citée, p. 214.
(76) V. Merlin, *op. cit.*, v. *Légitimité*, § 5 ; Zachariae, *op. cit.*, tome III, p. 243-244 ; Barlin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, § 460, p. 63, texte et note. Cpr. Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, n° 1106.
(77) Arthaud, Thèse citée, p. 220.

séquences dérivées de son existence légale indépendante. De tels arguments nous paraissent plus susceptibles de détruire que de soutenir notre principe. On aperçoit sans peine l'intention louable de leurs auteurs, mais on a les plus grandes difficultés à saisir l'explication de ce dédoublemenu inattendu de la bonne foi. A la fin, on reconnaît que ce pouvoir de la bonne foi, qui devient subitement éphémère, ne peut être conçu que d'une façon purement idéale. Jamais les rédacteurs d'un Code ne pourraient admettre cette dualité. Il est évident que si le législateur a retenu la bonne foi des contractants, comme devant contribuer à rendre intéressantes certaines situations irrégulières, ce ne peut être qu'à un titre uniforme et stable. Si le rôle de la bonne foi est de « créer » des effets civils, il doit en être ainsi dans tous les cas, qu'il s'agisse de mariages inexistants ou de mariages simplement nuls. Il en est de même, si l'on pense que son rôle est de « maintenir » des effets déjà produits. En général, il ne faut pas attribuer aux Codes de versatilité dans les principes qu'ils proclament. Il faut supposer que ces principes sont destinés à agir d'une façon constante et uniforme, tant que les fondements mêmes de la société qui les ont engendrés n'ont pas été modifiés. Or, le mariage inexistant et le mariage nul ne sont, au fond, qu'une seule et même chose, des non-mariages, des unions qui, quoique différentes du concubinage, et dans l'intention des contractants et dans les formes extérieures, n'en restent pas moins en dehors du cercle de la légitimité des rapports. Cet éloignement commun du mariage commande un rapprochement simultané et symétrique de la bonne foi. L'action de cette dernière sur ces deux sortes de non-mariages doit être la même, sous peine de tomber dans l'arbitraire. Dès lors donc, nous repoussons sans regret cette défense si malencontreuse de notre principe.

Il faut penser de même de ces arguments qui prennent trop à la légère l'objection des adversaires : « *Prius oportet esse quam operari* ». Sans doute, répondent certains partisans du principe, nous admettons que le mariage inexistant est le néant, le vide absolu, et que « *nihili nullæ sunt qualitates* », mais ne perdons pas de vue que le législateur est souverain et que sa puissance est sans limites, donc il peut créer la fiction qui lui plaît. De quel droit veut-on lui lier les mains et lui imposer des limites, comme Dieu à l'Océan : « *Usque huc venies et non procedes amplius* » ? Grâce à la bonne foi, continuent-ils, on peut bien se

passer de tout principe producteur des effets, surtout lorsque la cause efficiente se trouve dans le « *sic volo sic jubeo* » du législateur (78). Cet argument semble d'autant plus plausible que nous sommes, assurent-ils, sur le terrain de la pure fiction. A cette défense si faible du principe, il était loisible de répondre qu'il n'était nullement question de mettre en doute les pouvoirs du législateur, mais uniquement la puissance dont celui-ci avait voulu douer une institution particulière du Code. C'était retomber à nouveau dans le cercle vicieux. Les négateurs du principe ne laissèrent pas échapper l'occasion qui se présentait d'arriver à leurs fins, aussi ils redoublèrent, avec une force accrue, leurs attaques. « Toute la bonne foi de son conjoint ne suffit pas à faire en définitive, que ce qui n'a pas été soit » et comme si cela ne suffisait pas, ils poursuivaient : « Par elle-même, cette bonne foi serait impuissante à rien produire; si elle engendre en droit certaines conséquences, en notre matière comme en toute autre, c'est à la condition de s'appuyer sur un acte, sur un fait qui lui sert de substratum et qu'à son tour, par un échange de services, elle consolide et féconde » (79).

112. — Ce fut un mouvement de révolte contre cette doctrine qui poussa les auteurs à examiner de plus près les analogies et les dissemblances que présentent ces deux sortes de nullité (80). Si, a-t-on dit, il est vrai que dans le cas d'inexistence, le mariage n'est pas doué d'une vie légale bien caractérisée, il n'en reste pas moins, qu'une fois le jugement intervenu, le mariage nul et le mariage inexistant sont aussi impuissants l'un que l'autre à produire quoi que ce soit. La vie précaire et éphémère, dont le mariage annulable put un instant se croire doté, ne l'empêchera pas de s'évanouir, comme celui qui, dès son origine, fut inexistant. Nous nous sentons déjà mieux engagés dans la discussion, mais nous préférons porter celle-ci sur un autre terrain, et nous appuyer plutôt sur l'esprit de la loi.

A l'égard du mariage putatif, les causes de nullité pour lesquelles le mariage a été déclaré nul, importent peu. Dire que la loi

(78) Coste, Thèse citée, p. 73, Cpr. Piedelièvre, Thèse citée, p. 214.
(79) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, *Des Personnes*, tome III, nos 1907-1908. Cpr. note Cohendy (au milieu et *in fine*), *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1914, p. 63.
(80) V. Josserand, *op. cit.*, tome I, nos 794 ss.

suppose un mariage putatif, et non un pur fait putatif pour attribuer les effets civils du mariage (81) n'est qu'un jeu de mots inutile. Il est paradoxal que lorsqu'il s'agit de savoir si une union irrégulière produira les effets civils du mariage, on exige qu'il s'agisse déjà d'un mariage putatif. Ce n'est pas seulement un pléonasme, mais c'est avant tout une contradiction trop flagrante pour qu'on s'y arrête, à moins que l'on emploie ce mot dans un sens strict, c'est-à-dire comme synonyme de mariage réputé valable par les parties. Mais alors on retombe irrémédiablement dans la difficulté, parce qu'il suffira que les parties aient cru suffisant pour contracter mariage n'importe quel acte ou fait éphémère, pour se voir attribuer les effets civils du mariage. Il serait exact de dire, qu'à ce moment là, le droit serait devenu quelque chose d'idéal et de passager : la croyance l'aura remplacé.

Ce qui caractérise notre institution et suffit à l'expliquer, c'est l'existence d'une erreur quelle qu'elle soit. Une seule condition est requise à l'admission de cette erreur : elle doit être susceptible de faire disparaître, grâce à un jugement, le faux état de validité que les apparences ont pu donner au mariage. *En somme, le mariage putatif ne connaît qu'un seul adversaire : le mariage valable contracté avec toutes les formalités et toutes les conditions requises par la loi.* Dans la lutte juridique qui s'engage au moment du jugement, le mariage putatif est susceptible de prendre la place d'un mariage inexistant aussi bien que d'un mariage nul, pourvu bien entendu que le consentement des parties et la bonne foi aient existé (82). Si nous supposons que le mariage bon et valable doit être l'affirmation d'un principe, l'état qui en résulte, quel que soit le jugement qui le brise, doit être la négation pure et simple de ce principe. Ce sera de la rencontre de ces deux principes antagonistes que jaillira la putativité. Elle en est la synthèse. Et en effet, il n'est pas difficile de se rendre compte qu'elle tient des

(81) Cpr. Piedelièvre, Thèse citée, p. 210.

(82) Remarquons que c'est encore là un point de ressemblance entre le mariage inexistant et le mariage nul, en cas de contestation, il faudra aller devant le juge pour élucider la question de la non-validité. V. Piedelièvre, Thèse citée, p. 324 ss. Sur la nature juridique des jugements: Cpr. Fenet, *op. cit.*, tome IX, p. 53. Laurent, *Principes*, tome II, n° 440; Planiol, *op. cit.*, tome I, 5e édit., nos 330 ss., p. 130 ss.; Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, 11e édit., nos 1045 ss.; Demolombe, *op. cit.*, tome III, 313 ss.; Léon Mazeaud, *De la Distinction des Jugements déclaratifs et des Jugements constitutifs de Droit*, « Rev. trim. de Dr. civ. », 1929, p. 37 ss.; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, § 463; Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 830, p. 431. Bordeaux, 25 juin 1884, D. P. 1888, 1, 161.

éléments de ces deux situations irréductibles et contradictoires en elles-mêmes. La nature réparatrice du mariage putatif lui interdit de se soucier de savoir si son adversaire, le mariage valable, a disparu pour défaut de conditions essentielles ou pour infraction aux règles de fond et de forme du mariage. Le mariage putatif a été créé précisément pour contredire les lois positives qui, selon la fameuse expression des rédacteurs du Code, « paraissent s'éloigner des lois naturelles ». Sa mission fut tracée par eux, lorsqu'ils lui assignèrent de « mieux assortir les buts de cette loi aux buts de la société » (83). Cette mission, il doit la remplir jusqu'au bout, à moins de tomber dans l'arbitraire et de contrarier la fonction essentielle de la putativité, qui est de servir de chiffon qui doit effacer toutes les fautes commises dans la conclusion du mariage. L'hommage qui lui a été rendu par les rédacteurs ne serait qu'un vain mot dans l'hypothèse contraire.

Concluons en disant que les mariages entachés d'inexistence, aussi bien que les mariages entachés de nullité, produisent certains effets, malgré le jugement. Cela ne peut être expliqué que par l'analogie qui existe entre ces deux sortes de mariages. Aucune distinction, par conséquent, ne doit être faite entre la nullité et l'inexistence en ce qui concerne le mariage putatif.

Section IV

DEUXIEME CONDITION : IL FAUT QUE LE MARIAGE AIT ETE CONTRACTE

113. — Du point de vue de la science du droit, c'est certainement la condition la plus importante. En outre, parmi toutes celles dont se compose notre institution, elle est la plus originale et la plus innovatrice. Tandis que l'exigence d'un jugement déclaratif de la nullité du mariage ne peut être attribuée à l'initiative exclusive du Code, qui n'a fait que l'élever au premier rang parmi les autres éléments dont se compose le principe, la présente condition puise sa raison d'être dans les transformations de structure que

(83) *Discours préliminaire du Code civil*, signé Portalis..., p. 11 ss.

le législateur de 1804 fit subir à la matière du mariage. Plus exactement, le besoin de considérer comme facteur primordial la nullité du mariage, ne se révéla que lorsque la doctrine élabora une théorie bien plus complexe que celle de l'Ancien Droit. Tout autres furent les origines de nécessité du contrat. Cette condition, inconnue dans le droit antérieur, découle directement de l'esprit hardi et innovateur dont fit preuve le législateur, pour détruire les vieux préjugés du passé.

Au cours de l'étude de cette condition, il nous serait aisé d'apercevoir que le Code a accompli dans notre matière une vraie révolution, dont les conséquences dépassent de beaucoup les limites du mariage putatif, pour s'étendre dans toutes les directions de la science juridique. Ce ne sont pas uniquement les anciennes bases canoniques et médiévales qui furent détruites par l'admission de cette condition, mais ce sont aussi les principes que le législateur s'apprêtait à introduire dans le Code, notamment dans le chapitre du mariage, qui furent fortement atteints. Cette transformation eut pour notre institution un résultat heureux : celui d'élargir considérablement sa portée. Ailleurs, dans notre ouvrage consacré au droit comparé, nous rencontrerons des exemples remarquables de lois séculières réglant avec minutie la putativité, ce qui ne doit pas nous empêcher d'évoquer l'apport que lui fit le législateur de 1804, en la fondant pour la première fois, sur un fondement hautement juridique, le consentement des parties. Ce faisant, il imprima profondément sa marque au frontispice de l'institution du mariage putatif. Les législateurs qui, sous l'empire de craintes mal fondées, se sont refusés à accepter cette innovation du législateur français, ont assisté à l'affaiblissement progressif de l'institution, qui s'est vue réduite au simple énoncé d'un principe facultatif.

114. — Bien que cette condition ait fait l'objet d'un texte clair et précis, l'art. 201 C. C., aux termes duquel le mariage déclaré nul, produit des effets « *lorsqu'il a été contracté* » de bonne foi, les auteurs, ainsi que nous l'avons déjà souligné, la passent sous silence, et se contentent de s'en rapporter, pour son appréciation, à la bonne foi. Il est superflu d'ajouter qu'un tel système, pour commode qu'il puisse être, ne répond nullement aux vues du législateur. Parfois, on se borne à en faire un simple énoncé, plu-

tôt par un souci de rédaction qu'en vue de résultats pratiques à en tirer (1).

115. — L'imprécision et l'abstraction dans lesquelles la doctrine primitive la maintint, eurent pour effet de faire passer cette condition pour superflue aux yeux des tribunaux, pendant les trois premiers quarts du XIXe siècle. Ce mépris de l'élément le plus juridique de l'institution du mariage putatif provoqua, par contre coup, un grossissement exagéré de l'élément subjectif de la bonne foi et du pouvoir d'appréciation du juge, comme il nous est facile de le constater dans tous les arrêts, rendus par les tribunaux pendant cette période et ayant trait à l'absence complète ou partielle des formalités. Ce fut la vie courante, avec ses complications sans nombre, avec ses espèces embarrassantes pour le juge, qui nt changer cet état de choses. L'esprit critique des auteurs ne pouvait rester indifférent devant des cas qui mettaient en péril l'ordre de la société. Mais il convient de préciser un point, sans lequel l'on aurait beaucoup de peine à comprendre cette conversion tardive. La doctrine, aussi bien que la jurisprudence, furent incapables de résoudre, avec le seul appui de la bonne foi (élément insaisissable et fuyant) les problèmes qui leur étaient présentés sans cesse. L'application de notre institution aux peuples doués d'une mentalité moins évoluée que la mentalité française, et chez lesquels les règles les plus sacrées et les plus inébranlables de la civilisation contemporaine sont tenues en échec, porta un dernier coup à la résistance. La jurisprudence et quelques rares auteurs comprirent qu'ils avaient fait fausse route, et qu'il fallait revenir aux textes pour se retremper dans leur esprit (2). Ce fut avec timidité que les premiers interprètes du Code posèrent le nouveau principe et ils se contentèrent, en réalité, de nier l'exigence des formes solennelles en matière de mariage putatif (3), tout en apportant à cette négation un nombre impressionnant d'exceptions. Cette première

(1) Cpr. Coste, Thèse citée, p. 62 et 63; Pilastre, Thèse citée, p. 193.
(2) V. Cass. civ., 18 mars 1868, D. P. 1868, 1, 228.
(3) Telles que les avait exigées Marcadé, *op. cit.*, art. 201 et 202, n° 693; Proudhon, *Cours de Droit français*, tome II, p. 2; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome I, n° 349, p. 223. Bourges, 17 mars 1830, D. P. 1830, 2, 215. Contra: Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, p. 48; Arthaud, Thèse citée, p. 225. Lyon, ch. réun., 28 mai 1869, D. P. 1870, 2, 71; Trib. civ. de Bordeaux, 10 août 1881, Clunet, 1883, n°s 353 ss., p. 621. Cpr. Demolombe, *op. cit.*, tome III, n°s 353 ss.

étape, purement négative, dut être franchie sous peine de voir le principe sombrer dès son origine. Ainsi la doctrine fut amenée à l'exigence d'un contrat, exigence qu'elle déduisait du mot « contracté » dont le Code s'était servi dans l'Art. 201 (4).

En rester à cette formule vague, était insuffisant pour résoudre tous les cas concrets qui se présentaient à la jurisprudence. Ce fut alors la tâche des auteurs plus récents de préciser la position de la doctrine à l'égard de cette condition. Selon l'expression aujourd'hui universellement acceptée, il faut, pour satisfaire aux prescriptions des articles 201 et 202 C. C., qu'il y ait eu au moins une *apparence de célébration* (5). Donc, la doctrine est unanime aujourd'hui à considérer *qu'une forme quelconque de célébration suffit, il faut quelque chose qu'on puisse considérer comme la célébration du mariage.* De son côté, la jurisprudence a corrigé son attitude et conserve, dans sa majorité, une position sensiblement conforme à l'avis de la doctrine. Sa position peut être résumée ainsi qu'il suit : elle exige « *l'existence d'un mariage pour irrégulier et nul qu'il soit* » (6).

Quoique cette formule représente un réel progrès par rapport à l'état de chose primitif, on imagine aisément qu'une définition aussi vague et susceptible de supporter un nombre presque infini de cas, dont l'appréciation est venue troubler l'accord entre la doctrine et la jurisprudence. Il convient donc de chercher des limites beaucoup plus précises, dans l'expérience quotidienne des tribunaux. De la sorte, le désir exprimé par le législateur de ne pas conférer les effets civils du mariage à la seule croyance des époux dans le mariage, deviendra une vérité agissante, ce qui d'ailleurs contribuera à pourvoir la théorie toute entière d'un fondement solide, dont la source émane du droit et non de la croyance que

---

(4) Notes E. Larcher, sous Alger, 2 nov. 1905, *Rev. Alg.*, 1906, p. 63. V. aussi la note du même auteur dans la *Rev. Alg.*, 1907, 2, 233; Gaudemet, Thèse citée, p. 77; Millet, Thèse citée, p. 300-301; Japiot, Thèse citée, p. 687; Arthaud, Thèse citée, p. 220 ss.

(5) Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, n° 1107; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n°s 321-322; du même auteur, notes sous Lyon, 13 nov. 1924, D. P. 1925, 2, 73 et *Rev. crit de Lég. et de Jur.*, 1928, p. 261 ss.; note E. Larcher, *Rev. Alg.*, 1906, p. 261 et ss.; note Naquet, sous Cass. civ., 5 janv. 1910, S. 1912, 1, 249.

(6) Aix, 11 déc. 1933, S. 1935, 2, 78; Repert, S. v. *Mariage*, n° 1013, Pand. Repert, *eod. verb.*, n°s 1266 ss. V. aussi: *Trib. civ.*, Alger, 31 juillet 1886, Clunet, 1890, p. 672, *Rev. Alg.*, 1890, p. 118; Cass. civ., 5 janv. 1910, S. 1912, 1, 249, Clunet, 1911, 214, D. P. 1911, 1, 338; Lyon, 13 nov. 1924, D. P. 1925, 2, 73, note Rouast; Paris, 24 févr. 1926, S. 1926, 2, 93, note J. Escarra, P. 1927, 2, 79, D. H. 1926, 368; note Nast, au D. P. 1936, 2, 57.

les particuliers peuvent en avoir. Ce n'est pas tout, il faut que le « fait » juridique que nous nous efforcerons de trouver, soit pratiquement démontrable, sinon il ne serait qu'une vaine chimère, incapable de produire quoi que ce soit. Mais il convient auparavant de vérifier les origines de cette condition, afin de nous assurer qu'elle trouve sa raison d'être ailleurs que dans les besoins de la jurisprudence et dans les scrupules de la doctrine. C'est précisément ce que les auteurs semblent avoir négligé de faire. Soucieux comme ils étaient de mettre un frein à des pratiques insensées, mettant en péril l'institution même du mariage, ils se sont contentés d'énoncer *a priori*, appuyés peut-être par le seul argument du texte, l'existence de cette condition.

116. — En réalité, l'idée de contrat en matière de mariage putatif est aussi conforme à l'esprit qu'à la lettre du Code. Voici en quels termes les rédacteurs du Code Civil commentaient la disposition légale de l'art. 201. « *S'il suffisait dans tous les mariages qui ont querelle en nullité, de dire qu'on a été de bonne foi en les contractant, il n'y aurait jamais de mariage nul, car la bonne foi consiste plus dans l'intention que dans les actes extérieurs, on pourrait rarement convaincre une personne de mensonge quand elle alléguerait sa bonne foi* ». Voilà brisé en peu de mots, le pouvoir miraculeux que certains auteurs modernes et contemporains ont voulu attribuer à l'ignorance des époux. Les auteurs du Code concluaient en décidant que, pour jouir des effets attribués à la putativité, il fallait exiger qu'il y ait eu « une ombre, un voile » rappelant le mariage (7). C'est le même principe qu'énonçait déjà l'un des plus grands ancêtres du barreau français (8). Mais il échut aux rédacteurs du Code de le mettre en valeur, sous une forme plus caractéristique et plus frappante, dans leur Discours Préliminaire du Code Civil. « *Deux motifs principaux, expliquent-ils, ont fait adopter ce principe* (du mariage putatif) : *le premier est la faveur attachée au mariage, nom si puissant que son ombre même suffit pour purifier, dans les enfants, le principe de leur naissance* » (9). L'élément de la bonne foi n'est mentionné qu'en deuxième lieu. Qu'entendaient-ils par là ? Eux-mêmes se charge-

(7) *Code civil avec des Notes explicatives*, etc., art. 195.
(8) D'Aguesseau, *Œuvres complètes*, tome IV, 47e plaidoirie.
(9) Signé Portalis, Tronchet, etc., p. XII et XIII.

ront de nous le dire. « *L'essence du mariage consiste dans la foi que les époux se donnent* (10). Par là, ils rejoignent la définition qu'ils ont donnée du mariage dépourvu de tout ce que nous pouvons appeler sa superstructure artificielle.

Le mariage putatif n'est pas en opposition manifeste avec le mariage proprement dit ; mais ce sont seulement les solennités et l'apparat dont celui-ci s'entoure et qui rappelle les anciennes traditions ecclésiastiques qui jurent avec la simplicité et le sens hautement juridique de notre institution. Sans doute, il arrive qu'un mariage nul, en raison d'un obstable provenant d'un empêchement dirimant, ait été contracté avec toutes les formalités requises par la loi et qu'à ce titre, il vienne à bénéficier de la faveur de la putativité. En ce cas, tout ce que nous pourrons appeler le superflu du mariage, sert plutôt à consolider l'appréciation de l'élément subjectif de la bonne foi qu'à augmenter la valeur juridique réelle du contrat. Au surplus, les circonstances particulières qui ont motivé la création des formalités autour du mariage ne se rencontrent plus ici. Les formes solennelles et régulières sont exigées pour que l'on puisse connaître ceux qui sont tenus de remplir ces obligations » (11). Or, dans notre matière, aucun effet ne peut être produit qu'après une sentence passée en force de chose jugée, ainsi le danger de la clandestinité ne sera jamais à redouter.

Résumant la position du législateur sur le point qui nous occupe, nous pouvons dire que le mariage valable, aussi bien que le mariage putatif, sont fondés sur la foi des conjoints, sur le consentement des époux au mariage. Si le législateur a cru prudent, pour des raisons d'ordre social, de modifier sensiblement la nature du premier en le considérant comme un contrat solennel, il n'en fut pas de même pour le deuxième, qui continue à avoir comme fondement juridique, et pour ainsi dire comme cause efficiente, le contrat pur et simple.

Arrivés à ce point, nous constatons le bien fondé du principe posé par la doctrine et la jurisprudence, principe conforme aux vues et aux désirs du législateur. C'est maintenant que la tâche devient ardue et ingrate. Les juges, en effet, ne seront pas plus avancés, en sachant qu'il faut un contrat. La question qui se

---

(10) *Discours préliminaire, loc. cit.*

(11) *Exposé des Motifs, Séance du Corps Législatif, du 16 ventôse an XI* (10 mars 1803), n° 29, Locré, *op. cit.*, tome IV, p. 497 et 498.

pose alors est la suivante : quel sera le critérium dont ils doivent se servir pour distinguer le contrat d'autres principes similaires ou connexes. On aurait tort de supposer que le législateur s'en est remis, comme il l'a fait pour la condition de la bonne foi, aux lumières du magistrat. D'autre part, la plus stricte circonspection s'impose au théoricien qui avance dans ce sujet presque inexploré, à travers lequel seule la pratique jurisprudentielle peut nous guider.

117. — Il est tout d'abord nécessaire de distinguer deux éléments de nature différente, dont la fusion constitue le contrat. En premier lieu, le consentement pur et simple au mariage. C'est là l'élément vraiment générateur de tous les effets civils qui en découlent, en matière de mariage putatif. En deuxième lieu, ce consentement au mariage doit avoir produit un fait, à une époque quelconque, c'est-à-dire, avant, pendant ou après qu'il a été échangé, susceptible de prouver en droit son existence. Faute de ce dernier élément, le consentement n'en est pas un. Cet aboutissement ne doit nullement nous étonner. La science du droit n'est jamais un assemblage abstrait dépourvu de sens pratique, au contraire, elle est dans son ensemble, et dans chacune de ses parties, profondément attachée à la vie sociale des hommes, il est donc naturel qu'elle n'agisse qu'en tant que les actes de ces derniers reçoivent une réalisatoin matérielle et visible.

118. — Quant au consentement proprement dit au mariage, il doit être envisagé isolément de toute croyance bonne ou mauvaise que les époux ont pu avoir, en contractant mariage, sur la validité de l'acte qu'ils étaient sur le point d'accomplir. Nous ne saurions assez insister sur ce point. Avant d'analyser les intentions des époux, il faut être certain qu'ils ont donné l'un et l'autre leur consentement au mariage. La croyance des époux ne doit être retenue que s'ils ont pris l'initiative de créer un acte tel que l'échange des consentements, susceptible d'engendrer en droit des effets concrets. Il convient donc de ne jamais confondre la croyance que les individus ont pu avoir du droit, avec le droit lui-même. Pas plus que des phénomènes naturels, tels que l'alternance du jour et de la nuit, ne sont influencés par l'idée que les individus peuvent s'en faire, le droit, une fois qu'il est sorti de l'acte de l'homme, pèse sur lui avec une force équivalente aux lois de la nature, au moins tant qu'il se maintient en vigueur.

Le consentement au mariage, dès qu'il se manifeste sous une forme extérieure quelconque, est toujours agissant en droit, qu'il s'agisse d'un mariage valable ou d'un mariage nul. Seulement, le législateur détruit les effets civils que ce consentement aurait pu produire, lorsqu'il a été donné en dépit des prescriptions légales, ou sans l'observation des formalités que le législateur estime essentielles dans le mariage. Mais le législateur lui-même se départit de cette attitude intransigeante dans le cas des articles 201 et 202 C. C., en égard à la situation spécialement favorable des contrevenants qui, en définitive, ont cru ne rien faire de contraire aux dispositions de la loi. Mais il est inexact d'affirmer que c'est cette fausse croyance qui crée en droit quoi que ce soit. Lorsque le législateur s'éloigne de son attitude intransigeante, il ne fait que permettre à l'acte juridique, originairement produit par la valonté des époux, de continuer à réaliser ses effets. Les effets qui en découleront après et nonobstant le jugement d'annulation du mariage ne sont que le prolongement d'un acte juridique réel, indépendant de toute croyance subjective, et auquel le législateur eût interdit de se manifester en droit, si la situation personnelle des époux et des enfants innocents ne lui eût pas paru intéressante, à raison de la bonne foi des premiers.

119. — Nous avons dit, en second lieu, que le consentement des conjoints au mariage ne doit pas être resté dans le for des parties. Il doit à une époque quelconque de la vie matrimoniale, s'être extériorisé sous la forme d'actes précis qui contribuent à créer l'apparence d'un mariage (12). Il sera d'autant plus facile pour le magistrat de s'apercevoir de cette condition que la charge de la preuve incombe ici, contrairement à ce qui a lieu pour la condition de la bonne foi, aux époux ou aux enfants qui invoquent après la mort de leurs parents le bénéfice du mariage putatif. Nous nous éloignons quelque peu de l'avis émis par les auteurs, en ce que nous pensons que la formule « *apparence de mariage* » renferme une latitude trop grande et trop de nuances, pour qu'elle puisse servir d'appui efficace en notre matière. Aussi, nous proposons un critérium plus rationnel. Si le consentement des époux doit avoir été donné en vue du mariage, pour la raison fort simple

(12) V. note M. Naquet, sous Cass. civ., 5 janv. 1910, au S. 1912, 1, 249.

qu'en matière de rapports sexuels, c'est le seul consentement au mariage légitime qui est reconnu par la loi, il n'en est pas de même de la nature des actes extérieurs. *Ceux-ci ne doivent pas nécessairement créer une apparence de mariage, ce qui s'appliquerait plutôt aux actes concomitants à la célébration, mais ils ne doivent pas traduire un aspect propre au concubinage.* Et nous comprenons mieux cette nouvelle formule, si nous songeons qu'il est plus facile, dans la majorité des cas, de rapprocher la conduite des époux putatifs de celle des concubins que de celle des époux légitimes. Il est très difficile de comparer une situation légale, à tous les points de vue, à une situation mauvaise, ne fût-ce que sur un point déterminé. Combien il est plus aisé d'établir un parallèlle entre deux situations mauvaises, l'une répréhensible et ignorée par la loi, le concubinage, l'autre, jugée intéressante, quoique défectueuse, le mariage putatif. Si les actes extérieurs qui traduisent le consentement des époux, se rapprochent des actes discontinus, voir éphémères, du simple concubinage, il y a toutes les raisons de croire que le consentement des époux n'a pas été donné en vue du mariage, mais en vue d'une union passagère, ou pour établir entre les parties un rapprochement sexuel de pur fait. Par contre, si les actes extérieurs revêtent un aspect différent, le consentement n'a pu être échangé qu'en vue du mariage. On obtient, si on veut, le même résultat qu'avec le critérium primitivement employé par la doctrine, seulement il faut bien convenir que les points de repère sont plus certains. Dès que l'on s'aperçoit que leurs actes n'impliquent rien de mauvais, ils peuvent servir pour prouver en droit le consentement au mariage.

Certains auteurs contemporains sont arrivés à une conclusion différente de l'opinion courante et qui, en définitive, diffère très peu de la nôtre. En faisant allusion à cette phrase du mariage putatif, on a pu parler *d'apparence de validité* (13). Cette formule constitue un progrès appréciable, sur celle qui se bornait à prescrire une simple *apparence de mariage*. Nous craignons cependant qu'elle n'aboutisse, comme cette dernière, à la confusion de la condition du consentement avec la croyance que les époux ont pu avoir dans l'acte qu'ils accomplissaient. Or, ce sont deux questions aussi différentes qu'elles sont complémentaires, mais jamais

(13) Rouast, *Rev. crit. de Lég. et de Jur.*, 1928, p. 261-263.

superflues. Chacune remplit un rôle bien déterminé en matière de mariage putatif. La bonne foi borne son effet à rendre intéressante aux yeux de la loi la situation des époux et des enfants issus du mariage. Le consentement, grâce au pouvoir que la loi lui confère, dans la vie matrimoniale des individus, engendre les effets civils du mariage.

§ I. — *Preuve du fait matériel ou légal*

120. — Un des plus grands soucis du législateur a été de mettre à la disposition des parties une réglementation précise et méticuleuse de la preuve du mariage. Cette réglementation se trouve exposée dans les articles 194 à 200 C. C. Le législateur a été mû par le désir d'éviter toute confusion du mariage avec les rapports qui caractérisent l'union libre. Si l'on examine la place que les articles consacrés au mariage putatif occupent par rapport aux articles consacrés à la preuve du mariage, on serait sans doute tenté d'étendre le système probatoire du droit commun au mariage putatif. La plus rapide analyse cependant, suffit pour nous convaincre que le rapprochement n'est qu'accidentel et qu'aucune conséquence ne peut en être tirée. En effet, comment contraindre des époux à prouver la célébration de leur mariage à l'aide d'un acte d'état civil, dans un pays où l'on n'a jamais entendu parler de registre ? (14). De même, comment exiger la signature ou la présence d'un officier d'état civil alors que cette fonction est tout à fait inconnue ? D'autre part, il ne saurait être question de faire une discrimination périlleuse, et au surplus stérile, entre le droit métropolitain et le droit pratiqué hors des frontières du pays. L'institution du mariage putatif doit résoudre, d'une façon uniforme, des problèmes multiples qui s'étendent aux civilisations les plus arriérées comme aux plus évoluées. L'hypothèse contraire ne ferait que contribuer à rendre cette institution plus paradoxale.

121. — Les modes de preuve usités en matière de mariage putatif, doivent se rapprocher davantage de ceux de la filiation que de ceux du mariage. Ceci est d'ailleurs conforme à la nature ne notre théorie, puisque de tous les principes qui s'appliquent au mariage,

(14) En Guinée, par exemple, le registre d'état civil français n'est pas ouvert aux indigènes, d'autre part, il n'a été établi à titre facultatif, que par un arrêté du 11 avril 1919. V. H. Solus, *Tr. de la Condition des Indigènes*, n°s 302 et 303.

l'art. 312 C. C. est le seul qui s'impose aussi bien au mariage bon et valable qu'au mariage putatif (15). D'autre part, l'ancien principe de l'Ordonnance de Blois, qui se trouve reproduit dans l'art. 195 du C. C. est mis en échec, en notre matière, avec d'autant plus de force que, comme nous le dirons ci-dessous, la possession d'état continue d'époux ou d'enfant légitime, fait préjuger d'un fait générateur initial et de l'existence de la bonne foi (16). « *Attendu... que du jour du mariage,* dit aussi la Cour de Bordeaux, *les enfants et la femme ont joui de la possession d'état d'enfant et d'épouse légitime* ». Ce fut, pour cette raison, que le bénéfice du mariage putatif leur fut accordé (17). C'est donc la solution que nous adoptons et que nous proposons à l'examen de la doctrine. Remarquons que nous ne voyons aucune objection sérieuse qui s'oppose à son acceptation, tout au moins si d'autres favorables à la célébration s'y rencontrent, comme ce fut le cas de cette décision où la transcription de la cérémonie religieuse avait été faite à la Légation de France au Mexique et où les enfants avaient été déclarés légitimes dès leur naissance.

Il convient du reste de faire observer que les raisons invoquées généralement par la doctrine pour repousser la preuve du mariage en général, par le moyen tiré de la possession d'état, ne se rencontrent pas ici, ou tout au moins sont fortement atténuées (18). Ainsi, nous pensons que la possession d'état est une des meilleures présomptions dont pourra se servir le juge pour élucider l'énigme de la célébration, en matière de mariage putatif (19). Ceci mérite cependant une double observation, dont l'importance est capitale, pour comprendre la valeur réelle de la théorie que nous proposons. De même qu'en matière de mariage valable, cette preuve, ainsi que celle qui est fournie par l'acte de naissance, sont aisément réfutables par la preuve contraire (20), elles ne sont pas moins vulnérables en matière de mariage

---

(15) V. *infrà*, n° 192, Cpr. Arthaud, Thèse citée, p. 231.
(16) Trib. civ. de Blida, 31 déc. 1931, D. P. 1932, 2, 113, note Chauveau.
(17) Trib. civ. de Bordeaux, 10 août 1881, Bordeaux, rej., 5 févr. 1883, Dalloz, Supp. au Repert., v. *Mariage*, n° 319, note 1. Adde. Trib. civ. de la Seine, 27 oct. 1921, D. P. 1922, 2, 46.
(18) Cpr. note M. Nast, au D. P. 1936, 2, 57 ; Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 893.
(19) Contra Nast, note, *loc. cit.*
(20) Req. 10 juillet 1823, Dalloz, Repert, v. *Paternité et Filiation*, n° 320, note 2 ; Req. 8 mai 1894, D. P. 1894, 1, 400 ; Paris, 20 juillet 1892, D. P. 1894, 2, 267.

putatif (21). La deuxième remarque concerne la matière de la preuve en général, plutôt que les rapports existants entre la possession d'état et le mariage putatif. Il ne saurait être question de confondre l'une et l'autre, et de vouloir remplacer la condition de la célébration, par une simple possession d'état, si durable et continue qu'elle puisse être (22). En examinant rétrospectivement la période antérieure au jugement d'annulation, l'on doit aboutir à un instant précis où toutes les probabilités concomitantes s'accordent pour le désigner comme ayant été celui de la célébration, alors même qu'aucune preuve directe de celle-ci ne serait fournie par les parties.

Il est indéniable que cette solution, nettement libérale, est la seule qui peut être admise devant des faits qui, tout en engageant l'avenir des époux, sont susceptibles de ne laisser aucune trace probatoire. Au surplus, c'est celle que la doctrine et la jurisprudence ont admise chaque fois que le consentement des parties peut être émis sous une forme trop peu contrôlable, comme c'est le cas pour la promesse de mariage ou fiançailles. Or ici, l'opinion dominante semble être que la preuve peut être administrée par tous les moyens, notamment par l'aveu des parties, par la preuve testimoniale et par simples présomptions (23).

122. — Quoit qu'il en soit, nous sommes d'avis que la règle du droit commun de l'art. 1351 C. C. doit s'appliquer dans notre matière : « *Actori incumbit probatio* » (24). Donc, nous pensons que la preuve de la célébration incombera aux enfants, après la mort de leurs parents. Le tribunal devra exiger d'eux des indications précises, autant que possible, sur la date, le lieu, et les circonstances qui accompagnèrent la célébration ayant uni les auteurs, dont ils se disent issus (25). C'est pour cette raison que nous ne partageons pas l'opinion de la Cour de Nîmes, qui rejeta

---

(21) Trib. civ. de Lyon, 13 juillet 1923, sous Lyon, 13 nov. 1924, D. P. 1925, 2, 73, note M. Rouast.

(22) Note M. Rouast, *loc. cit.*

(23) Glasson, *Consentement des Epoux au Mariage*, n° 101. Cpr. Dalloz, v. *Mariage*, n° 93. Rouen, 28 févr. 1815, S. 1818, 2, 224 ; Paris, 19 janv. 1863, S. 1865, 2, 5 ; Aix, 23 févr. 1865, S. 1866, 2, 28.

(24) Lyon, chamb. réunies, 28 mai 1869, D. P. 1870, 2, 71 ; Aix, 11 déc. 1933, S. 1935, 2, 78 ; Repert, v. *Mariage*, n°s 1013 ss. Pand, Repert, *eod. verb.*, n°s 1266 ss. Note M. Nast, au D. P. 1936, 2, 57. Cpr. Lyon, 13 nov. 1924, D. P. 1925, 2, 73, note M. Rouast.

(25) Aix, 11 déc. 1933, S. 1935, 2, 78.

l'offre spontanée faite par le demandeur de prouver la célébration de l'union contractée selon les coutumes locales de Guinée (26).

La Cour de Nîmes contredit dans son arrêt les deux principes que nous venons de poser, à savoir : 1° Que le mariage putatif fait échec à la réglementation du droit commun quant aux moyens de preuve, et 2° que c'est au demandeur qui invoque l'existence du fait ou de l'acte matériel d'en faire la preuve par tous les moyens, notamment par les simples témoignages (27).

123. — Nous référant plus particulièrement aux autres moyens de preuve, nous pensons, contrairement à une certaine jurisprudence, qu'à défaut d'acte de mariage régulier, le certificat délivré par des administrateurs coloniaux, contenant le témoignage de personnes notoires et connues dans le lieu, et déclarant explicitement qu'il s'agit d'un mariage régulier selon la coutume locale, doit inspirer aux tribunaux la conviction qu'il n'y a pas là un simple concubinage. Surtout, s'il résulte des actes accomplis avant ou après la délivrance du dit certificat (livraison de la dot, par exemple), que les époux n'ont fait que préparer ou conclure les promesses prises au moment d'échanger leur consentement (28). Notamment, l'acte de mariage contracté devant le cadi, dans la forme musulmane, fait preuve du consentement. En voici un acte de mariage à la fois pittoresque et instructif pour notre sujet, et qui, d'après le tribunal de Tizi-Ouzou et la Cour d'Alger, suffit pour prouver la célébration (29). « Louange à Dieu ! Dans le sein du tribunal judiciaire hanéfi de la ville d'Alger et par devant le cadi actuellement en fonctions, le Cheikh et jurisconsulte Si-Mohamed, fils de feu Si-Mustapha, lequel a apposé son sceau en tête des présentes ; par la grâce de Dieu très haut, par sa protection, conformément à la loi orthodoxe et suivant sa loi lumineuse et droite, l'honorable Si-Ahmed-Si-Youssef, avant fabricant de calottes et actuellement ouvrier à la Brasserie, sise en la ville de Dellys, a épousé celle qu'il a fait demander en mariage, qu'il tient en haute estime, la demoiselle Aïcha, fille de l'honorable et excel-

(26) Nîmes, I ch., 17 juin 1929, S. 1929, 2, 129, note H. Solus.

(27) Cass. civ., 21 mai 1810, S. 1810, 1, 325. D. P. 1810, 1, 317 ; Bordeaux, 16 juin 1937, D. H. 1937, 339 ; *Journal de la France et du Sud-Ouest* du 28 juillet 1937, (mariage *in extremis*).

(28) Dans le même sens, la note de M. Solus, *loc. cit.* Contra : Nîmes, 17 juin 1929, S. 1929, 2, 129.

(29) Trib. de Tizi-Ouzou, 20 juin 1878 et Alger, 26 mai 1879, D. P. 1880, 2, 161.

lent Mohamed-bel-Si-Mustapha, vierge, sous la tutelle de son père, moyennant une dot bénie, source de félicité, se composant de six cents dinars cinquantenaires de nombre (3.000 francs), un caftan de damas du prix de 12 dinars, trois ferdas, deux quintaux de laine pesant 100 kilog. Sur les dits objets, ledit époux à remis à l'épouse une partie du douaire, une partie du caftan, ainsi que les ferdas... le restant sera payé par le dit époux à terme exigible ». Nous irons jusqu'à soutenir, qu'il n'est pas nécessaire que la preuve se rapporte directement à la célébration, pourvu que le certificat produit se référant à un fait postérieur, tel que la délivrance de la dot, suppose la célébration.

§ 2. — *Critérium à employer pour l'appréciation pratique de la célébration*

124. — Quand devra-t-on dire qu'il y a un fait ou un acte susceptible de servir de base à la putativité ? Voilà une question impossible à résoudre d'une façon généale et applicable à tous les cas et sous toutes les latitudes. C'est que le juge français sera appelé à statuer sur des faits et des actes juridiques qui ne se rencontrent pas dans sa propre législation, tel est, par exemple, le cas d'un mariage célébré consensuellement, ou devant un ministre du culte. Doit-on considérer ces faits, à supposer que les intéressés en fassent la preuve, comme suffisants ? Oui, sans doute. Par hypothèse, ils ont pu servir dans le pays de la célébration à réaliser un mariage valable, a fortiori serviront-ils en France à appliquer la théorie du mariage putatif. Il en sera ainsi, tout au moins, lorsque les règles du Droit international se trouvent respectées (30). L'énumération de ces faits est d'autant plus difficile que les auteurs sont loin d'être d'accord sur ce que l'on doit comprendre parmi les conditions essentielles du mariage (31). L'énorme quantité de rites, de coutumes, de vieilles traditions, dont s'entourent les peuples sauvages et demi-sauvages, pour célébrer leurs noces, compliquent à l'extrême cette analyse du juge français. Celui-ci, du moment qu'un national ou un sujet français se trouve en cause, ne peut se refuser à examiner le fait qu'on soumet à son appréciation.

---

(30) Question que nous traiterons dans notre ouvrage de Dr. comp.
(31) V. note de M. Jean Escarra sous Paris, 24 avril 1926, au D. P. 1927, 2, 9.

Si l'on suppose que ce sont deux Français, ou un Français et une étrangère provenant d'un pays ayant une législation d'un degré de perfection similaire ou calquée sur le même modèle, ou enfin, deux Français ou deux étrangers ayant célébré leur mariage à l'étranger, l'appréciation, quant à l'existence de l'acte, sera extrêmement simple. Le critérium des actes à retenir résidera dans l'aptitude de ces actes à suppléer, le plus possible, aux qualités qui manquent à la célébration du point de vue français. C'est ce dernier système qui nous semble devoir être pris comme modèle.

Des exemples tirés de la jurisprudence rendront plus compréhensible cette direction théorique. A supposer qu'aucun officier d'état civil compétent n'ait assisté à l'acte, le juge cherchera si le consentement des parties a été reçu par une autorité, à quelque ordre qu'elle appartienne. Par exemple, le mariage accompli sous les auspices d'une autorité religieuse, sera pris en considération, qu'il s'agisse d'un mariage contracté par deux Français, à l'encontre des lois françaises, comme ce fut le cas dans l'affaire Pastoris, où aucune autre preuve ne fut fournie en dehors de simples témoignages certifiant l'échange des consentements devant l'aumônier du régiment du mari (32), ou du mariage d'un national avec une étrangère et célébré à l'étranger. L'on sait que la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour dire que les Français ne peuvent échapper à l'obligation de suivre, à l'étranger, les formes françaises du mariage, qu'autant qu'ils adoptent les formes du lieu ; dans le cas contraire, le mariage est tenu pour nul (33).

De même, l'acte religieux accompli sans oppositions réelles, suffit dans notre matière (34). L'officier d'état civil peut être aussi remplacé avec efficacité par un consul ou un chargé d'affaires, qu'il s'agisse des Français à l'étranger ou des étrangers en France, et alors même que leur loi nationale ne leur permet pas de contracter mariage sous cette forme. Parfois, comme ce fut le cas d'une femme française qui épousa un Anglais devant le consul du

(32) Cass. civ., 21 mai 1810, S. 1810, 1, 325.

(33) V. Rouast dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 235. Bastia, 7 mai 1859, S. 1860, 2, 333 et les renvois sous Cass. req., 20 janv. 1879, S. 1879, 1, 417 ; Bordeaux, 5 févr. 1883, Dalloz, *Supp. au Répert.*, v. *Mariage*, n° 319, 1°.

(34) Trib. civ. de la Seine, 30 déc. 1887, D. P. 1890, 2, 88 ; Paris, 24 avril 1926, S. 1926, 2, 93, D. P. 1927, 2, 9, note Jean Escarra.

pays de son mari, le mariage fut valable aux yeux de la loi étrangère, mais nul d'après la loi française (35).

125. — En Algérie, dans les pays coloniaux ou sous mandat, les autorités locales, religieuses ou administratives, donnent à l'acte toute la force nécessaire. De son côté, la célébration accomplie en présence de ces autorités permet de jouir des effets civils, qu'il s'agisse d'une célébration « *more judaico* » ou d'une célébration selon un rite appartenant à des peuples ayant un degré de civilisation plus arriéré. Supposons qu'il s'agisse d'indigènes soumis au statut personnel de leur mère française, contractant mariage sous la forme « kabyle », ils se verront accorder le bénéfice de notre institution, quoiqu'en réalité leur mariage doit être tenu pour « inexistant » (36). De même, le mariage contracté en Algérie, sous la forme musulmane, par un indigène naturalisé français, est radicalement nul, comme contraire à la règle de l'art. 165 C. C., mais cela est sans importance en matière de mariage putatif (37).

Il est évident que le principe, que nous avons donné tout d'abord de référence au système français du mariage, ne servira pas pour résoudre les problèmes qui se poseront à l'examen du juge français. En effet, il serait excessif d'imposer aux parties les conditions strictes quant à la preuve et quant au fond régissant le droit métropolitain, alors que le droit colonial est conçu autrement (38). Le juge pourrait exiger que les parties aient rempli les conditions auxquelles les soumet leur droit national ou leur coutume d'origine. Cette voie, pour raisonnable et juridique qu'elle puisse paraître, est brutalement repoussée, sans aucune raison péremptoire par une jurisprudence récente, qui semble avoir adopté le premier critérium que nous avons énoncé, applicable selon nous uniquement à des peuples ayant atteint un degré de perfection législatif, en matière de mariage, semblable à la perfection de la

---

(35) Cass. civ., 30 juillet 1900, D. P. 1901, 1, 307. Adde : Trib. civ. de la Seine, 6 juin 1893, Clunet, 1893, p. 880. Trib. civ. de la Seine, 15 mars 1932, D. P. 1934, 2, 75.

(36) Trib. civ. de Blida, 31 déc. 1931, D. P. 1932, 2, 113 ; Alger, 1er févr. 1933 ; D. P. 1934, 2, 104.

(37) Alger, 26 mai 1879, D. P. 1880, 2, 161 ; Trib. civ. d'Alger, 31 juillet 1886, Clunet 1890,, p. 118 ; Alger, 17 nov. 1906, D. P. 1909, 2, 369 note Beauchet.

(38) H. Solus, *Tr. des Indigènes*, p. 265 ss. ; note au S. 1929, 2, 129 ; note Beauchet, pour l'art. 146 C. c., *loc. cit.*

loi française. La jurisprudence décide, en somme, que pour que les articles du Code concernant la matière du mariage putatif, soient appliqués il faut que « *les intéressés aient eu la volonté de contracter un mariage véritable, et non de s'unir en usant des facilités dues à un état de civilisation arriérée...* » Cette jurisprudence a trouvé bon accueil près de la Cour de Cassation, qui confirmant la décision qui lui était déférée, posa le principe suivant : « *Considérant qu'en s'unissant selon les rites indigènes un fonctionnaire colonial français et deux indigènes n'ont pu croire,... contracter des unions produisant... les effets civils d'un mariage légitime...* » (39). Il est vrai que la Cour de Nîmes avait invoqué l'argument qu'une pareille célébration offensait l'ordre public. Un spécialiste des problèmes coloniaux répondit d'ailleurs à cet argument avec beaucoup de perspicacité, en rappelant que le législateur français a promis de respecter les institutions indigènes, et que les tribunaux coloniaux jugent que la monogamie n'a pas, dans les colonies, le caractère d'une règle d'ordre public, mais qu'au contraire la polygamie a des effets juridiques certains (40). Cette dernière constitue la base de la famille en droit musulman, annamite et hindou. Donc, quoique la Cour de Cassation en dise, il est indéniable que les mariages par achat ou par coemption sont, pour reprendre les mots de la Cour, des « *mariages légitimes* » (41).

126. — Ceci nous amène directement à parler d'un des aspects les plus intéressants, mais en même temps les plus décevants que prend la tâche du juge. L'examen rétrospectif qui lui est confié par la loi devient malaisé lorsque les peuples auxquels appartiennent les conjoints, pratiquent leur mariage sous la forme purement consensuelle, ou l'accompagnent de formalités ou de rites rudimentaires, dont les traces semblent s'effacer aussitôt qu'ils sont accomplis. Nous touchons du doigt le point crucial de la

---

(39) Nîmes, 17 juin 1929, S. 1929, 2, 129, note H. Solus ; Cass. req. rej., 14 mars 1933, S. 1934, 1, 161, note H. Solus (contra) et les conclusions favorables du rapporteur Pilon ; Gaudemet, *Rev. trimest. de Dr. civ.*, 1929, 1, 1069 ; Dareste, *Rec. de Lég. de Doct. et de Jur. coloniale*, 1929, 3, 162 ; P. Roux *Rec. Gaz. des Trib.*, 1929, 2 sem., 302 ; Lagarde, *Rev. trimest. de Dr. civ.*, 1933, 1, 452.

(40) H. Solus, note *loc. cit.*, *Tr. des Indigènes*, n°s 192 ss., et 285, et *Rec. de Dr int. privé*, v. *Colonies*, n° 148.

(41) V. Solus, *Rec. de Dr. int. privé*, v. *Colonies*, n° 148. L'intéressant article signé S. G. V. sur Req. 14 mars 1933, *Nouvelle Rev. de Dr. intern.*, 1934, p. 366 ss. ; et la note de M. Beauchet, au D. P. 1909, 2, 369. Cours d'Appel, A. O. F., 30 juin 1914, *Rec. Penant*, 1914, p. 328.

théorie que nous sommes en train d'élaborer. En parlant des mariages inexistants, nous avons fait une réserve quant à la condition du consentement (42). Sans doute, le minimum indispensable pour pouvoir appliquer le mariage putatif est bien le consentement, ou plus exactement l'échange des volontés conjugales en vue du mariage. Mais l'on commettrait une faute grossière en exigeant un échange de consentements formulé sous une forme exclusivement déterminée par le droit français. La mission du juge consiste à rechercher tous les indices susceptibles de le convaincre que les parties, en agissant, n'ont pas entendu se contenter d'un rapport passager. Le consentement constitue donc le minimum de la célébration, au delà duquel nul n'oserait s'aventurer, mais ce consentement peut avoir été échangé dans les formes primitives et rudimentaires fixées par les coutumes ou la législation du pays où s'accomplit la célébration. Les auteurs et les tribunaux auraient tort de sous-estimer l'importance de cette nuance, les résultats que l'on obtient avec l'une ou l'autre de ces formules sont si radicalement opposés que toute l'institution du mariage putatif peut s'en ressentir (43). Deux exemples tirés l'un de l'histoire des peuples, l'autre de la pratique jurisprudentielle, éclaireront suffisamment, pensons-nous, les difficultés que la formule abstraite de l'exigence du consentement, calquée sur le modèle français, peut susciter. Parmi les pratiques par lesquelles se manifeste le consentement au mariage, il convient de citer, en premier lieu, *la coemption* qui doit être rattachée aux croyances primitives de l'antiquité, non seulement à Rome, mais chez tous les peuples anciens de la race indo-européenne, notamment chez les Etrusques et les Hindous (44). Or, d'après nous, ce consentement émis sous cette forme rude mais expressive, où l'on serait peut-être tenté de voir un consentement nul, parce que portant sur un objet illicite, doit pouvoir conférer la putativité. Une application intéressante de ce genre de consentement, concernant le droit musulman, s'est présentée à la jurisprudence (45). Certains auteurs ont soutenu que sous l'empire de ce droit, le mariage n'était qu'un contrat de vente,

---

(42) V. *suprà*, n° 108.
(43) Consulter la note signé S. G. V. *loc. cit.* ; note Beauchet, *loc. cit.*
(44) Varon, *De res rustica*, II, 4 ; *Lois de Manou*, citées par Fustel De Coulanges, *La Cité antique*, p. 49 ; Glasson, *Du Consentement des Epoux au Mariage*, p. 12 et 13.
(45) Alger, 26 mai 1879, D. P. 1880, 2, 161.

où la femme représentait la chose vendue et la dot le prix (46). Plusieurs auteurs se sont élevés contre cette opinion, disant que le consentement des époux est la première condition, en droit musulman, pour la validité du mariage (47). Seulement, ce consentement peut être donné par le père de famille au nom de son enfant. C'est ce qu'on appelle le droit de « *djebr* ». Le fils est soumis à ce droit tant qu'il n'est pas pubère. Quant à la fille, il y a lieu de faire une distinction selon le rite auquel elle appartient. Dans le rite malekite, le père peut lui imposer le mariage, tant qu'elle est vierge et quel que soit son âge, ce qui constitue une règle d'ordre public, selon la Cour d'Alger (48). Dans ce rite, le consentement au mariage existe d'ailleurs, mais la comparution des époux n'étant pas exigée, il peut être donné par l'intermédiaire d'un mandataire, connu sous le nom de « *ouali* ». Dans le rite hanéfite (espèce en question) ce droit n'appartient au père que jusqu'à la nubilité des enfants. A partir de cette époque, il ne peut y avoir de mariage sans leur consentement (50). Or, la Cour d'Alger décida que, bien que le Code prononce le mot « donné » en parlant de la fille, la théorie du mariage putatif doit s'appliquer, parce que la jeune fille nubile et majeure a pu seule consentir au mariage.

127. — Donc, il nous est aisé d'apercevoir le chemin parcouru, depuis l'instant où nous sommes partis en prenant comme modèle la célébration calquée sur le type français, jusqu'à l'espèce présente, où le consentement n'est pas donné directement par l'époux, mais par la personne à laquelle celui-ci est confié (51). Remarquons qu'en France il en serait de même si le mineur, trompé par ses propres parents (complices de l'autre époux), contractait mariage, malgré l'obstacle d'un empêchement dirimant : la putativité ne saurait lui être refusée sous aucun prétexte.

Ce n'est que lorsqu'aucune trace de consentement, ni sous la forme française (donné directement par les époux) ni sous la forme usitée à l'étranger, ne se retrouvera, que l'on refusera

---

(46) Meynier, *Etudes sur l'Islamisme et les Mariages arabes*, p. 152 ; Perron, *Femmes arabes*, p. 152.
(47) Note au D. P. 1880, 2, 81 ; Sicè, *Lois mahométanes*, p. 53.
(48) V. note D. P. *loc. cit.*
(49) V. note Beauchet, au D. P. 1909, 2, 369.
(50) Haeser, *Code rabbinique*, tome I, p. 127 ; Santayra et Cerbonneaux, *Du Statut personnel*, tome I, p. 62 ; Ducaurroy, *Journal asiatique*, tome XIX, p. 527.
(51) Alger, 17 nov. 1906, D. P. 1909, 2, 369, note Beauchet.

d'accorder la faveur des articles 201 et 202 du C. C., faute de fondements juridiques sur lesquels on puisse asseoir, conformément à l'exigence des textes, les effets civils.

Section V

TROISIEME CONDITION : IL FAUT QUE LE MARIAGE AIT ETE CONTRACTE DE BONNE FOI

128. — C'est la troisième condition à laquelle le législateur a subordonné la jouissance des effets civils du mariage. Elle diffère tant, à beaucoup d'égards, des autres conditions de la putativité, par sa nature et par sa portée, que les interprètes du Code ont voulu voir dans son étude, celle de l'institution toute entière. Nous ne partageons pas cette opinion, c'est pourquoi, dès le début de cette partie, nous avons changé de méthode, en replaçant chacune des conditions à sa véritable place (1). Nous n'avons pas été conduit à cette transformation du plan traditionnel, uniquement par un désir de systématisation, mais par des nécessités tenant à la nature et à l'importance de l'institution. Sans doute, on peut nous reprocher d'avoir restreint l'influence de la bonne foi dans notre matière, mais, si cela est vrai, il n'est pas moins exact que nous avons agi conformément aux directions qui, tracées par les textes, ont révélé toute leur utilité au cours de l'histoire.

Cette précision apportée, nous n'avons pas de peine à reconnaître toute l'importance de la bonne foi dans l'application du principe. Les rédacteurs du Code, après avoir rendu hommage à la volonté active des époux, telle qu'elle se manifeste dans le consentement au mariage, ont voulu rehausser et mettre en valeur leur croyance en la validité de leur acte. Cette croyance parut au législateur aussi digne d'intérêt que l'acte lui sembla efficace pour produire les effets civils du mariage en faveur des enfants et des conjoints. Donc, le consentement et la croyance juxtaposés furent les deux facteurs primordiaux d'ordre juridique qui moti-

(1) Voir *suprà*, nos 86 et 87.

vèrent l'introduction de notre principe dans les lois séculières. Mais laissons plutôt parler les rédacteurs du Code Civil, qui, en énumérant les raisons qui leur avaient incité à accepter le principe canonique, déclaraient : « *Le second (motif) est la bonne foi de ceux qui ont contracté un semblable engagement : la patrie leur tient compte de l'intention qu'ils avaient de leur donner des enfants légitimes. Ils ont formé un engagement honnête, ils ont cru suivre l'ordre prescrit par la loi, pour laisser une postérité légitime* » (1 *bis*).

L'importance de la bonne foi n'a fait que croître depuis la rédaction du Code, en raison du silence absolu que celui-ci observa sur sa nature juridique, ainsi que sur toutes les modalités la concernant. Les interprètes et la jurisprudence ont du suppléer à ces lacunes par un travail patient et plein de mérite, non sans avoir eu à revenir plusieurs fois sur leurs propres décisions.

129. — On ne peut s'empêcher de songer, en étudiant les aspects si nouveaux que la pratique des tribunaux et la critique des auteurs ont fait subir à notre institution, à l'éternelle évolution que la vie matérielle et intellectuelle impose à la lettre morte des textes juridiques. D'autre part, cette continuelle transformation est bien dans la nature du droit, tout au moins si l'on reconnaît qu'il est une science intéressant l'homme vivant en société (2). Remarquons qu'il en est ainsi de toutes les connaissances humaines et que si parfois certains principes ayant trait à la nature spirituelle des hommes semblent figés et immobiles, cet état n'est souvent qu'apparent et trompeur. Mais le droit est encore plus susceptible d'évolution dans le temps que nulle autre science, car il règle les principes vitaux des peuples qui sont amenés à les appliquer et à constater les résultats immédiats de leurs actes et de leurs opinions. Qu'ils s'aperçoivent que les principes posés par le législateur sont nuisibles au développement spirituel et matériel de leur civilisation, ils s'efforceront de les écarter par tous les moyens dont ils disposent. Qu'ils se rendent compte que l'auteur des lois a laissé subsister certaines lacunes, ils s'empresseront de les combler. C'est que la vie exige une solution continuelle et constamment renouvelée des problèmes juridiques qu'elle pose.

(1 bis) *Discours préliminaire du Code Civil*, signé Portalis, Tronchet, etc., p. XI.
(2) Roguin, *La Règle du Droit*, n° 18, p. 41.

Ce sont là des différences essentielles avec les textes portant des préceptes religieux ou abstraits pour lesquels les auteurs commencent toujours par interdire tout examen approfondi de leurs desseins (3). Il n'est pas sans intérêt d'expliquer ce respect par une autre différence, concernant plus particulièrement la méthode d'interprétation de ces deux sortes de textes. Les textes juridiques doivent leur vie à la critique constante et contradictoire des interprètes, les textes religieux doivent, peut-être, la leur, à la difficulté qu'il y a d'en saisir la portée et surtout à l'impossibilité matérielle qu'il y a de contrôler la véracité des diverses croyances. Luther, pour expliquer les non-sens et les contradictions flagrantes que l'on rencontre dans l'Ecriture, disait que « l'Ecriture est claire, mais le vocabulaire et la grammaire empêchent de comprendre ». Plus loin il affirmait, non sans beaucoup d'humour, qu'il y a des choses obscures dans l'Ecriture, mais que cela signifie, dans les desseins de la Providence, qu'il n'est pas nécessaire de les savoir (4).

Les lois séculaires qui se dégagent, après une lente et pénible évolution des principes qui se prétendent inspirés par les divinités, n'apportent pas avec elles ce souffle mystérieux, qui confère à ces dernières une sorte d'immunité permanente. L'examen critique des lois édictées par le législateur, au lieu d'affaiblir la science du droit, la revivifie en lui donnant cette diversité dans l'uniformité, et ce changement dans la constance, dont parlait jadis Montesquieu (5). Au contraire, l'étude des religions semble prouver que si on discerne facilement une évolution dans leurs principes, à partir d'un certain moment de leur processus, différent pour chacune d'elles, tout semble s'immobiliser. De nombreux exemples pourraient être donnés à l'appui de cette assertion, mais qu'il soit suffisant de rappeler la lente évolution que l'idée de l'immortalité de l'âme a subie, par exemple, chez les Egyptiens. Tant qu'elle fut soumise à la lutte des intérêts en conflit, elle reposa sur une croyance, pour ainsi dire très concrète et ses changements furent dus aux transformations qui s'opéraient dans la société. Donc, si cette idée changea de sens ce ne fut que sous l'influence d'un groupe ou d'une classe bien déterminée, disposée à s'en servir et à l'utiliser dans la

(3) Rom. III, 33 ; Saint-Augustin, *Confesiones*, ed. espagn., cap. XIV, nº 233, p. 640-641 ; Luther, *Traité du Serf arbitre*, p. 40.
(4) Luther, *op. cit.*, pp. 40-42.
(5) *Esprit des Lois*, liv. I, chap. I.

lutte sociale entreprise contre les groupes ou les classes adverses. Mais, à partir d'une certaine époque, l'idée de l'immortalité de l'âme s'immobilisa ; ce fut lorsqu'elle perdit tout support matériel et qu'elle devint en quelque sorte l'apanage de tous les individus appartenant à toutes les classes sociales. Le principe se convertit de l'état d'opinion à l'état de croyance lointaine et vague. Ce qui d'ailleurs, soit dit en passant, ne veut nullement contester la durée de cette idée dans l'histoire humaine, seulement, il n'est pas erroné, peut-être, d'expliquer cette qualité, précisément par son caractère nébuleux et incontrôlable (6).

130. — Ces observations, de caractère purement général, ne suffisent pas pour expliquer la construction doctrinale et jurisprudentielle par laquelle il a fallu combler les lacunes du législateur de 1804. En effet, il existe dans notre matière une autre raison non moins capitale. C'est qu'en considérant la bonne foi comme un des éléments générateurs des effets civils du mariage, les rédacteurs du Code Civil ont accueilli un facteur qui, le moins qu'on puisse dire, est loin d'être, dans toute son étendue, un facteur juridique. Ceci est particulièrement frappant dans les manifestations comme dans l'essence de la condition de la bonne foi. Pour qu'il y ait droit, il faut un fait soumis au droit, qui soit un fait matériel ou qui soit, au moins, susceptible de se révéler extérieurement. Si c'est un fait interne, relégué dans le for des parties, ce fait doit être perceptible à l'aide des sens dont l'homme est pourvu (7). Or, ce n'est pas toujours le cas de la bonne foi, car celle-ci s'analyse dans un état d'ignorance ou plus simplement dans la croyance à la validité du mariage. D'autre part, il ne faut pas perdre de vue que la tâche du juge est distincte de celle du confesseur. Celui-ci croit, quelle que soit la religion à laquelle il appartient, que c'est l'intention qui fait l'action et que les paroles vont et agissent (8). C'est que pour lui, la vie et ses réalités résident, au moins en principe, exclusivement dans le for intérieur des fidèles ; les actes et les gestes qu'ils peuvent faire, sont les accessoires d'une intention qui se suffit à elle-même. Rien de surprenant donc que Saint Au-

(6) Denis Saurat, Prof. à l'Université de Londres, King's College, *Histoire des Religions*, Denoel et Steele, éds., Paris 1934, p. 76 ss.
(7) Roguin, *op. cit.*, n° 19, p. 42-43.
(8) Luther, *op. cit.*, p. 42.

gustin reconnaisse, que « l'acte même de vouloir c'est déjà agir et exécuter » (9). Le point de vue du juge est tout autre, la bonne foi des époux peut parfaitement être intègre et réelle, il n'en est pas moins vrai qu'elle sera inefficace si elle ne s'est pas extériorisée. Toute appréciation judiciaire reposera, en définitive, sur les manifestations matérielles et juridiques dont elle a pu s'entourer. Or, il est évident que cette tâche dépasse les limites de celle assignée à un législateur. Il est raisonnable qu'il ait voulu la confier, dans son appréciation juridique, aux soins et à la lumière du magistrat.

131. — Un dernier reproche peut cependant être encore adressé au législateur. Si, en rejetant sur les interprètes judiciaires, le soin d'apprécier les actes qui peuvent éventuellement servir de fondement à la bonne foi, il n'a agi qu'inspiré par les principes commandés par la sagesse et la clairvoyance, il n'en est pas de même lorsqu'il a passé sous silence les traits qui doivent caractériser et délimiter la nature de la bonne foi. A moins de penser qu'il n'a voulu, en agissant ainsi, que s'en référer aux normes léguées par la tradition, mais alors doit-on penser qu'il a eu en vue la bonne foi façonnée par le Droit canonique, ou, au contraire, la bonne foi modelée par l'inspiration romaine? Une dernière question, en supposant que l'on se mette d'accord sur ce point, va-t-on reconnaître que la notion de bonne foi ne s'est nullement modifiée depuis l'Ancien Droit jusqu'à nos jours ?

Chacune de ces questions, d'une apparente banalité, est d'une importance extrême dans l'application de la théorie du mariage putatif. Pendant plus d'un siècle, les tribunaux ont pu résoudre les problèmes qui se posaient, en faisant appel aux principes d'équité et d'humanité qui commandent d'étendre le bienfait de notre institution au plus grand nombre de personnes. Mais depuis que le droit français a eu à s'appliquer à des peuples coloniaux, la complexité des espèces soumises à l'examen des tribunaux n'a fait que croître, et elles s'accommodent fort mal de ce critérium imprécis et, avouons-le, difficilement saisissable. De son côté, la doctrine, soucieuse avant tout de faciliter la tâche du juge, s'était préoccupée de parer au plus pressé, de remédier aux incertitudes

(9) *Confesiones*, édit. espagnole, lib. VIII, cap. VIII, nº 125, p. 395.

de ce dernier, s'interrogeant sur les signes juridiques d'après lesquels il faut reconnaître l'existence de la bonne foi chez les époux. C'est qu'il est possible d'accomplir un même geste pour abriter des intentions diverses : à laquelle doit-on s'arrêter ? Tout en agissant à l'encontre de la loi, les époux ont pu être guidés soit par une fausse croyance en la validité de leur acte, soit par une simple ignorance des principes en vigueur. Ce fut précisément la source d'un des plus graves litiges qui ait jamais divisé la doctrine et la jurisprudence dans notre théorie (10). Il serait prématuré d'avancer quoi que ce soit sur l'étendue et la portée de ce différend, tout au moins quant à ses conséquences ultimes. Par contre, les résultats immédiats de ce litige ne peuvent que contribuer à paralyser l'application de la théorie du mariage putatif.

§ 1. — *Modalités de la bonne foi telles qu'elles se dégagent de l'examen de la doctrine et de l'analyse de la jurisprudence*

132. — C'est un des mérites du législateur français d'avoir su mettre fin à une discussion qui menaçait de s'éterniser, à savoir, celle de la condition unilatérale de la bonne foi. En acceptant d'incorporer dans le texte de l'art. 202 l'opinion dominante chez les canonistes, ainsi que chez les anciens auteurs, le Code de 1804 rendit un grand service à l'institution (11). D'autre part, la position prise par le législateur envers le principe de la bonne foi chez l'un des époux fait bien saisir le rôle puissant que cette condition joue dans notre matière.

« *On a porté si loin, disaient les rédacteurs du Code, la faveur du droit commun, qu'on a jugé que la bonne foi d'un seul des contractants suffit pour légitimer les enfants qui naissent de leur mariage. Quelques anciens jurisconsultes avaient pensé que, dans ce cas, les enfants devaient être légitimes par rapport à l'un des conjoints, et illégitimes par rapport à l'autre; mais on a rejeté leur opinion sur le fondement que l'état des hommes est indivi-*

(10) Nîmes, 17 juin 1929, S. 1929, 2, 119 ; Cass. req., 19 mars 1933, S. 1934, 1, 161, et les conclusions du rapporteur M. Pilon. Contra : les notes de M. H. Solus, à la suite des deux arrêts cités. Cpr. Baudry-Lacantinerie et Bonnecasse, *op. cit., Supp.*, Paris, 1934, tome IV, p. 185-215.

(11) V. *suprà*, nos 16, 39, 41.

sible et que, dans le concours, il fallait se décider entièrement pour la légitimité » (12). C'était, en somme, l'ancien argument de l'avocat d'Omersson, qui ressuscitait à travers les siècles, dans ces paroles. La doctrine et la jurisprudence acceptèrent la réforme et la codification de ce principe, sans élever aucune critique à l'adresse du Code (13).

133. — Le succès de cette ancienne formule est dû avant tout à son bien fondé juridique, en outre, au besoin qu'il y avait d'amoindrir les funestes conséquences que causait dans les familles et dans la société en général, la peine, aujourd'hui disparue, de la mort civile. En effet, dans tous les autres cas de nullité du mariage, il est possible de supposer et de rencontrer, en fait, la bonne foi chez les deux prétendus époux, lors du contrat. Si l'on envisage le cas de bigamie, il peut même arriver que l'époux bigame se soit cru sincèrement libéré de sa précédente union, soit qu'il pensait, sur la foi d'un faux certificat, que son conjoint était mort, soit qu'il se croyait définitivement divorcé, alors qu'il n'était que séparé de lui ou en train d'obtenir son divorce. Au contraire, il est presque impossible de supposer la bonne foi bilatérale en cas de mort civile. En effet, la personne frappée de mort civile était certaine de la peine qui lui avait été infligée et si, par hasard, elle s'était remariée après que sa peine eût pris fin pour une des causes énoncées dans les articles 29 et ss C. C. (abrogés par la loi du 31 mars 1854), elle se trouvait engagée dans les liens d'une véritable union et, par conséquent, la théorie du mariage putatif n'intervenait nullement.

Nous jugeons inutile d'insister sur les autres cas où la pratique des tribunaux a eu l'occasion d'appliquer l'art. 202 du Code Civil. Ils sont nombreux, comme le montre l'abondante jurisprudence qui existe sur notre sujet. Presque tous les arrêts que nous citons au

---

(12) *Discours préliminaire du Code Civil*, signé Portalis, Tronchet, etc., p. XI. Cpr. Locré, *Esprit du Code Napoléon*, tome II, art. 201 et 202, p. 305 et Portalis, *Exposé des Motifs dans la Séance du Corps législatif, du 16 ventôse an XI* (10 mars 1803) dans Locré, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome IV, n° 56, p. 517-518.

(13) Toullier, *op. cit.*, tome I, n°s 664 et 666 ; Duranton, *op. cit.*, tome II, n°s 364-365 ; Proudhon, *op. cit.*, tome II, p. 5 ; Vazeille, *op. cit.*, tome I, n° 276 ; Marcadé, *op. cit.*, tome I, n° 697 ; Demolombe, *op. cit.*, tome III, n° 362, p. 534 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, p. 50. Cass. civ., 15 janv. 1816, S. 1816, 1, 81 ; Paris, 18 mai 1818, S. 1819, 2, 182 ; Req, 16 juin 1829, D. P. 1829, 1, 272 ; Trib. civ. d'Alger, Ire chamb., 31 juillet 1886, Clunet, 1890, p. 672.

cours de nos développements concernent des espèces où un seul des époux s'est trouvé de bonne foi, lors du mariage.

Conformément à la pensée du législateur, la bonne foi de l'un des conjoints suffit pour déclencher tous les effets du mariage putatif en sa faveur et à l'égard des enfants issus du mariage. L'exception est précisément l'hypothèse où les deux époux sont de bonne foi en contractant mariage. A notre avis, d'ailleurs, certains arrêts des tribunaux sont parfois allés trop loin, en supposant les deux conjoints de bonne foi, alors que, d'après les circonstances de l'espèce, il semblait bien que l'un d'eux avait agi, en contractant mariage, en pleine connaissance de cause (14). Notamment, il semblerait naturel que le fait que le mari étranger ait occupé dans son pays de hautes fonctions, en particulier celle de ministre des affaires étrangères, lui interdise de bénéficier de l'erreur commise à l'encontre de sa loi nationale en France ; mais le tribunal de la Seine, dans son pouvoir souverain d'appréciation, en décida autrement.

Pour en terminer avec cette réforme, qui ne mérite plus aujourd'hui aucun commentaire particulier, puisqu'elle a rencontré auprès de tous le meilleur accueil, ajoutons que les auteurs n'ont pas manqué de souligner la faiblesse de l'argument que les rédacteurs invoquèrent pour l'introduire dans le Code. C'est une erreur, disent-ils, de considérer que l'état des hommes est indivisible et qu'il doive être reconnu universellement et uniformément (15). Ainsi, dans le cas où la légitimité a été contestée à différentes reprises, l'enfant est réputé légitime à l'égard des uns, tout en conservant sa filiation naturelle à l'égard des autres. Donc, concluent-ils, il n'y a d'autre raison d'en décider autrement ici, que l'intérêt des enfants. Mais les éminents rédacteurs du Code, en opinant dans les termes ci-dessus exposés, ont évidemment songé à la situation normale, à celle qui est commandée par les intérêts vitaux de la famille et, en premier lieu, par sa cohésion interne. Le cas extraordinaire, dans lequel l'enfant se trouve, à la suite de circonstances exceptionnelles, possesseur de deux filiations, se place en dehors des prévisions législatives normales. Quoi qu'il en soit, il était inutile de prévoir une telle anomalie dans l'institution du mariage putatif, alors qu'elle en comporte déjà tant à l'égard

(14) Trib. civ. de la Seine, 15 mars 1932, D. P. 1934, 2, 75.
(15) Arthaud, Thèse citée, p. 230.

de la logique des principes du droit. La division de la filiation aurait encore contribué à lui donner un aspect que les auteurs ont cru découvrir à tort en elle : n'être qu'une pure fiction. C'est précisément ce que le législateur redoute avant tout, et ce qu'il a voulu éviter dans la construction de la théorie (16).

§ 2. — *De l'erreur de fait et de l'erreur de droit*

1° Historique et position du problème général de la distinction des deux erreurs

134. — Il y a des controverses classiques dans le droit aussi anciennes que le droit lui-même et où les interprètes semblent avoir pris leur parti de n'avoir pu les éluder. Celle qui nous occupe pour l'instant remonte à une époque bien antérieure à la naissance du mariage putatif. Les jurisconsultes se trouvaient déjà divisés en deux camps irréconciliables, les uns soutenant l'assimilation de l'erreur de fait et de l'erreur de droit, les autres regardant l'erreur de droit comme inopérante pour réaliser quelqu'effet juridique que ce soit, dans n'importe quelle branche du droit. La théorie du mariage putatif, qui se présenta comme un remède à toutes les fausses croyances que les époux avaient pu avoir sur la validité de leur union, et comme un correctif aux effets désastreux produits dans les familles et dans la société par le brusque arrêt de la vie conjugale à la suite de l'annulation du mariage, ne tarda pas à rentrer en conflit avec l'opinion de ces derniers interprètes. La lutte ne cessa que lorsque la pratique des tribunaux et la majorité des auteurs ecclésiastiques et laïques reconnurent l'efficacité des deux sortes d'erreur, dans la matière du mariage putatif. L'essor que prit cette théorie fut prodigieux, et ce n'est qu'une fois débarrassée de toute contrainte extérieure qu'elle put remplir efficacement sa fonction de réparatrice des fautes commises par les époux.

Cependant, le législateur de 1804 a gardé le silence sur l'influence de l'erreur de droit en notre matière. Il n'est donc pas inutile de chercher à justifier l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence favorable à l'assimilation des deux espèces d'erreur.

135. — Si l'on veut arriver à des conclusions exactes, il faut remonter jusqu'aux données primitives telles qu'elles nous sont

(16) Cpr. Laurent, *op. cit.*, n° 508, p. 643-644.

fournies par les jurisconsultes romains. Rome, qui eut le culte de la loi comme nul autre peuple de l'antiquité, ne pouvait permettre aux particuliers d'invoquer leur propre erreur, pour pouvoir peut-être mieux enfreindre ses préceptes. D'ailleurs, la science juridique n'était pas réservée, comme de nos jours, à une classe restreinte de citoyens ; elle était à la base de l'éducation du jeune Romain. De la sorte, le citoyen qui dès son plus jeune âge, s'était vu inculquer la connaissance des normes légales, ne pouvait, plus tard, repousser leur application en prétextant son ignorance. Une telle conduite de sa part n'aurait été susceptible que de produire chez le magistrat l'impression la plus mauvaise et la moins condescendante à son égard. Ajoutons l'extrême simplicité des lois primitives romaines et, disons-le, des lois romaines tout court, comme de toutes celles qui servirent à gouverner la vie des peuples de l'antiquité, telles les lois de Minos, de Solon et de Manou. Ce ne devait être que lorsque la casuistique pénétra les lois et surtout la pensée de leurs interprètes qu'elles devinrent moins compréhensibles (17).

Ce sont peut-être des raisons suffisantes pour justifier la rigueur que les Romains manifestèrent à l'égard de l'erreur de droit. Lorsqu'il s'agissait de préciser l'objet sur lequel elle devait porter pour rendre la faute excusable, ils posaient deux principes opposés et qui nous ont été transmis par les anciens jurisconsultes : 1) *Error facti prodest, error juris non prodest* (18) ; 2) *Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet* (19). C'est de là que les auteurs déduisirent le principe du refus de l'erreur de droit dans la matière du mariage putatif, principe dont l'autorité resta longtemps incontestée par la doctrine. Il est vrai que Bruns a pu prétendre qu'il n'existait aucune règle spéciale à l'erreur de droit, en Droit Romain (20). Quoi qu'il en soit, une chose est certaine, c'est qu'ils n'avaient aucun grief à lui adresser directement, et il semble que la défaveur que nous avons remarquée doit être plutôt expliquée par la raison que l'erreur de droit passait à leurs yeux pour inexcusable. En tout cas, il est indéniable que la prévention que les Romains manifestèrent à son égard

(17) Pochannet, *Erreur de Droit*, « Rev. crit. de Lég. et de Jur. fr. », 1856, tome VIII, p. 175.

(18) Cpr. Dig. 1, 31, *De usucap.* ; L. 4, *de juris ignorantia*, Paul : *Regula est juris quidem ignorantiam cuisque nocere, facti vero ignorantiam non nocere*, L. 9, pr., D. *De juris et facti ingn. XXII*, 6 ; 1, 7 et 8, *eod. tit.*

(19) Dig. 1, 7 et 8, *De juris et facti ignor.*, 22, 6.

(20) *Die bona fides bei der Ersitzung*, Berlin, 1872, p. 23 et 104.

contribua, plus que toute autre raison, à cimenter l'attitude méfiante que les anciens auteurs avaient prise envers elle, et qui consistait à la tenir dans le plus profond dédain. Ainsi s'expliquent les paroles de Cujas prononcées avec une passion non dissimulée : « Juris ignorantia stultitia est potius quam error... » qui ont tant surpris les auteurs contemporains ayant étudié cette matière (21). Parlant de cette espèce d'erreur, Houard, auteur du Dictionnaire du Droit Normand, s'exclame : « L'ignorance de la loi, loin d'être une excuse, est un crime... » (22).

Cependant, il ne faut jamais perdre de vue que, si les Romains se montrèrent d'une façon générale réfractaires à l'acceptation comme excuse d'une semblable erreur, leur législation comportait néanmoins des exceptions, en faveur des mineurs, des femmes, à certaines conditions bien établies, ainsi qu'en faveur des soldats et des paysans (23). Tous les individus appartenant à une de ces catégories ne pouvant, en raison de leur condition particulière, s'intéresser à l'étude des règles de droit, comme pouvait le faire un simple citoyen romain, la loi prenait en considération leur ignorance et les excusait de la faute commise. La dérogation à la règle était parfois si importante, en cette matière, qu'on n'aurait pu concevoir qu'elle pût être consacrée autrement que par une disposition expresse de la loi. Il s'agit, notamment, du prêt d'argent fait au fils de famille, où l'erreur ne contribuait pas uniquement à excuser la faute commise, mais à maintenir valable l'acte foncièrement nul (24). Un tel résultat ne pourra être obtenu dans le Droit français, que grâce à la théorie de l'erreur commune, laquelle, malgré les ressemblances apparentes, diffère radicalement, et quant à son fondement et quant à ses effets, du principe du mariage putatif. Cette exception aux règles établies, en matière d'erreur de droit, se rencontrait aussi dans le cas où deux personnes avaient contracté mariage sans avoir le *connubium* réciproque ; cette union devait sans doute être tenue pour nulle, mais, s'il y avait eu erreur sur la condition de l'un des époux, l'union était maintenue, l'époux de rang inférieur et les enfants étaient donc élevés au rang de l'autre époux (25).

---

(21) Pochannet, *op. cit.*, p. 175.
(22) Pochannet, *op. et loc. cit.*
(23) Pochannet, *op. et loc. cit.* ; Jauberi, *Des Effets civils de la bonne foi*. Thèse, p. 30, note 1.
(24) L. 3, pr. D., *Se senat, maced.*
(25) Ulpien, VII, § 4 ; Gaius, *Inst. comm.*, I, § 67 ss.

Ainsi donc, grâce à ces subterfuges, la rigueur primitive des principes était sensiblement atténuée et contrebalancée par la théorie de l'*erroris causa probatio,* qui dépassait sensiblement, quant à ses conséquences juridiques, tous les effets accordés au mariage putatif. C'est que ce dernier, pour riche qu'il soit dans les effets qu'il confère aux époux et aux enfants, ne pourra jamais opérer cette sorte de *sanatio in radice* du mariage. Ses limites sont plus restreintes, mais ses bases doctrinales sont mieux fondées.

136. — Quelques-unes des législations modernes ont pris franchement parti contre toute concession favorable à l'erreur de droit (26). D'autres, et parmi eux le législateur français de 1804, ont préféré observer une attitude plus circonspecte à son égard. Ce n'est que dans des cas tout à fait exceptionnels que le Code Civil écarte l'erreur de droit comme ne pouvant servir de base à la bonne foi. Remarquons tout d'abord, en matière d'aveu judiciaire, que l'interdiction posée par l'art. 1356, 4°, C. Civ., est tout à fait compréhensible. L'erreur de droit est également écartée en matière de transaction, par l'art. 2052, 2°, C. Civ. Hors ces deux cas, les rédacteurs du Code Civil ont laissé toute latitude au juge pour adopter la solution qui lui paraît la plus opportune. De son côté, la jurisprudence française, tout en se montrant fort prudente, fait un large accueil à l'erreur de droit et rencontre, le plus souvent, l'approbation des auteurs (27).

Par contre, la question de l'admission de l'erreur de droit reste encore controversée dans les autres cas où intervient la bonne foi comme une condition indispensable, notamment dans celui de l'art. 550 C. C. à propos de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi (28) ; dans les cas prévus par les articles 1109 et 1110 C. C., concernant les vices de consentement (29). Sous la rubrique

(26) Les législateurs argentins et chiliens, dans les articles 706 et 4 de leurs Codes civils respectifs, refusent d'une façon catégorique à l'erreur de droit, la possibilité de servir de base à la bonne foi, V. Gorphe, Thèse citée, p. 132.

(27) Cpr. en matière d'usucapion et d'acquisition des fruits : Cass. civ., 11 janv. 1887, S. 1887, 1, 225 ; 22 oct. 1894, D. P. 1896, 1, 585, note de Loynes ; Douai, 9 févr. 1909, S. 1910, 2, 44. Solon, *Des Nullités*, tome I, nos 201 et 202, p. 119-120.

(28) Civ. cass., 20 mai 1829, Dalloz, Repert. v. *Propriété*, n° 335 ; Req., 25 mars 1840, Dalloz, Repert, vis *Propriété*, n° 339 ; *Cassation*, n° 1718, 18e ; *Succession*, n° 681.

(29) Req. 30 juillet 1894, D. P. 1895, 1, 340 ; Amiens, 3 mars 1898, D. P. 1898, 2, 294 ; Req. 16 mars 1898, D. P. 1898, 1, 301. Civ. rej., 12 mars 1845, D. P. 1845, 1, 202 ; Agen, 17 mai 1887, sous Req. 28 mai 1888, D. P. 1889, 1, 315 ; Lyon, 18 mars 1931, D. P. 1932, 2, 25, et la note de M. Waline.

de la compensation, moyen d'extinction des obligations, l'art. 1299 C. C. fait naître de graves problèmes en raison de ses exigences qui dépassent le cadre du droit commun (30). Dans la matière du paiement de l'indû, le législateur fait intervenir l'erreur dans les articles 1376 et 1377 C. C., sans spécifier de quelle sorte d'erreur il s'agit (31). Il en est de même dans la prescription abrégée de l'art. 2265 C. C. Dans tous les cas que nous venons d'énumérer, l'ancien préjugé des Romains envers l'erreur de droit semble être battu en brèche et seule la clairvoyance du magistrat peut le guider pour refuser ou accueillir l'excuse, en se fondant uniquement sur des considérations de fait immédiates, sur lesquelles il possède un pouvoir souverain d'appréciation.

2° Evolution et opinion actuelle de la doctrine sur la distinction des erreurs en matière de mariage putatif

137. — Ce tour d'horizon nous permet d'apprécier la question telle qu'elle se pose dans notre matière. Les époux peuvent avoir commis une erreur venant de la méconnaissance de leur vraie situation, soit dans leurs rapports respectifs, en cas de parenté ou d'alliance, soit vis-à-vis d'une troisième personne, avec laquelle l'un des prétendus époux était lié par les liens non dissous d'un précédent mariage. Dans ces cas, les conjoints ne font qu'invoquer l'infraction à une pure circonstance de fait. Au contraire, si tout en connaissant leur vraie situation, ils invoquent l'ignorance de la loi, par exemple leur méconnaissance de l'interdiction de contracter mariage entre beau-frère et belle-sœur dans certains cas particuliers (divorce), ou de la nécessité pour l'époux mineur d'avoir l'autorisation de ses parents ou du conseil de famille, l'erreur commise n'est plus de fait, mais de droit (32). On aperçoit nettement, avec ces exemples, toute la différence qui existe, quant à leur objet, entre les deux espèces d'erreur. Si le mari prétend qu'il ignorait que la femme qu'il a épousée était la fille du premier lit de sa précédente femme, il ne fait que méconnaître sa vraie situation, plus exactement sa position vis-à-vis de son conjoint;

(30) Dalloz, Repert, v. *Obligations* n°s 2753 ss. S. *eod. verb.*, n° 1186^{a} ss. ; Repert. prat. *eod. verb.*, n°s 1182 ss.
(31) Cass. civ., 24 janv. 1827, Dalloz. Repert, v. *Obligations*, n° 5546. Riom, 10 juillet 1893 (sol. impl.), D. P. 1895, 2, 379.
(32) Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 860, 1, 1er, p. 445.

sa faute réside uniquement dans les faits. Peu importe ici la connaissance qu'il aurait pu avoir de la réglementation légale du mariage, sa connaissance du droit ne l'eût pas exempté de commettre cet inceste. Au contraire, l'oncle qui épouse sa nièce, en sachant pertinemment le lien de parenté qui les unit, ne peut nier que celle qu'il a épousée était la fille de son frère ou de sa sœur; seulement, il se prévaudra de son ignorance de la prescription légale qui interdit ces sortes de mariage. On comprend que, dans le premier cas, la loi vienne au secours des époux avec d'autant plus d'empressement qu'ils se prévalent de leur ignorance, sans méconnaître ni la justice, ni le bien fondé de la loi. Par contre, la loi est manifestement « irritée » lorsque les époux l'ont méprisée dans leur conduite, fût-ce par simple négligence.

138. — Les premiers interprètes du Code Civil, respectueux du chef-d'œuvre qu'on venait de leur confier, ne voulurent pas s'écarter de la ligne qu'ils y trouvaient tracée. Si le législateur avait cru pouvoir déroger aux principes, dans la matière du mariage putatif, les interprètes du Code pensaient qu'il ne fallait pas étendre cette exception, en cas d'erreur de droit, sous peine de voir périr les plus solides principes du droit. Mais la question de l'acceptation de cette sorte d'erreur était, dans leur esprit, intimement liée à celle de l'excusabilité de l'erreur. L'ancien critérium, que nous avons rencontré en droit romain, persistait à travers les siècles. Il semblait naturel que l'auteur du Code n'ait voulu venir au secours des époux que dans le cas où ceux-ci pouvaient préalablement démontrer qu'ils étaient dignes de faveur, c'est-à-dire excusables. Or, disaient les premiers interprètes du Code, les époux qui, avertis de leur propre situation, ont méconnu les normes législatives, ne sont certainement pas excusables; aussi leur refusaient-ils les bienfaits du mariage putatif.

En somme, derrière cette intransigeance, c'était le vieil adage des Romains : « *Nemo censetur ignorare legem* » qui triomphait, malgré les vicissitudes qu'il avait pu subir à travers les siècles (33).

---

(33) Duranton, *op. cit.*, tome II, titre V, chap. V, sect. III, n° 351 ; Vazeille, *op. cit.*, tome I, chap. VI, n° 272 ; Delvincourt, *op. cit.*, tome I, p. 584, note 3 ; Zachariae, Massé et Vergé, *op. cit.*, tome I, p. 200, note 3 ; Proudhon, *op. cit.*, tome II, p. 3-4 ; Richefort, tome II, n° 210, cité par Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1900. Cpr. Dareste, *Nul n'est censé...*, « Rev. trim. de Dr. civ. », 1907, p. 521-522 ; Breton, *Des Effets civils de la bonne Foi*, « Rev. crit. de Lég. et de Jur. », 1926, p. 86 ss.

Cependant, à l'instar des jurisconsultes romains, les auteurs français reconnaissaient que cette rigidité pouvait être assouplie en faveur des personnes ayant pris toutes les précautions nécessaires et commandées par la loi. Si, malgré leur circonspection, elles avaient été trompées, c'était, disaient-ils, que leur erreur était réellement invincible. Certains, parmi ces auteurs, pensaient, sous l'inspiration romaine, que les femmes et les mineurs devaient bénéficier auprès du juge d'une certaine pitié (34). Qu'est-ce à dire, sinon qu'avec cette dérogation c'était le principe de la juste cause qui ressuscitait, sous la forme beaucoup plus nuancée de l'excusabilité de l'erreur ? Le seul inconvénient était que la nouvelle formule comportait une élasticité démesurée, susceptible de lui faire prendre des dimensions variables au gré des auteurs. D'autre part, cette dérogation avait le grave inconvénient de n'être pas générale et de ne pas s'étendre à toute sorte de nullités. Ainsi, la bigamie (erreur de fait), la mort civile et le mariage sans publications préalables en étaient arbitrairement exclus (35).

139. — A l'époque où florissaient ces commentateurs rigides et zélés du Code, une dissidence qui acquit une certaine importance se forma dans la doctrine. Quelques auteurs, à la vérité peu nombreux, tout en maintenant comme règle le refus d'acceptation de l'erreur de droit, voulurent apporter leur appui à la jurisprudence qui faisait, dans ce cas, la plus large application de la théorie du mariage putatif. Cette doctrine purement transactionnelle s'efforça d'expliquer la voie suivie par la jurisprudence par des raisons tirées des circonstances propres aux espèces résolues, raisons qui, d'après eux, ne devaient pas être étendues aux autres espèces (36).

140. — Ayant atteint ce point, la doctrine ne mit pas longtemps pour franchir une seconde étape. Aujourd'hui, elle est unanime à reconnaître que les termes généraux des articles 201 et 202 C. C. ne permettent aucune discrimination et qu'en somme l'erreur de droit n'est pas moins digne d'intérêt que l'erreur de pur fait. Au surplus, elle n'a pas manqué de souligner que la différence entre

(34) Duranton, *op. cit.*, tome II, n° 350.
(35) Duranton, *op.* et *loc. cit.*
(36) Allemand, *op. cit.*, tome I, titre IV, chap. III, n° 606 ; Toullier, *op. cit.*, tome I, titre V, sect. III, n° 658.

l'objet des deux erreurs n'est pas si grande qu'on l'a dit, l'appréciation de la bonne foi s'appuyant, en définitive, dans les deux cas, sur une analyse de fait qui, en toute hypothèse, est dans la mission du juge du fond (37).

3° L'ÉVOLUTION ET L'ÉTAT ACTUEL DE LA JURISPRUDENCE

141. — Le chemin parcouru par la jurisprudence est beaucoup moins accidenté, mais il est peut-être plus instructif que celui que nous venons de retracer pour la doctrine. A l'exemple de cette dernière, la jurisprudence vit, sous le couvert de l'erreur de droit, un danger évident pour les préceptes de la loi. Elle s'en inquiéta et voulut parer à une telle menace. S'appuyant sur le principe général de l'ordre public, elle refusa tout d'abord d'accorder la faveur de la loi dans les cas où l'ignorance de celle-ci lui semblait inadmissible. Certaines dispositions légales, estimait-elle, ont pour objet la conservation des bonnes mœurs et l'intégrité de l'honnêteté publique, elles ont la valeur de dispositions organiques au regard de la défense de l'ordre social. Cette idée fut en quelque sorte l'étendard qu'agita la jurisprudence, pour justifier ses décisions dans les occasions où elle refusait d'admettre, en matière de mariage putatif, l'erreur de droit. Ce fut notamment le cas pour l'inobservation de la loi du 16 avril 1832, modifiant l'art. 162 C. C. et créant une nouvelle cause de nullité du mariage (38). L'on sait que le législateur de 1832 accorda une dispense dans le cas d'em-

(37) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome I, n° 288 bis, III, p. 427 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, 4e et 5e édit., § 460, p. 49, note 7 ; Zachariae, *op. cit.*, tome I, § 125, p. 200 ; Massé et Vergé sur Zachariae, *op. cit.*, tome I, p. 200, note 2 ; Demolombe, *op. cit.*, tome III, n° 357, p. 527 ss., et tome I, p. 23 et 29 ; Laurent, *Cours*, tome I, liv. I, tit. I, chap. II, IV, n° 183 et *Principes*, tome, II n° 504 ; Surville, *Eléments d'un Cours de Droit civil français*, tome I, n° 183, p. 118-119 ; A. Valette, *Cours de Code civil*, tome I, p. 305; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1900 et tome I, n° 114 ; Bartin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, pp. 66-67, textes et notes 5 et 7 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, n° 1096 ; Rouast dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 318 ; Demogue, *Traité des Obligations en général*, tome I, n° 279 ; Beudant, *op. cit.*, tome I, nos 197 ss. ; Colin et Capitant, *op. cit.*, tome I, n° 170 ; Coste, Thèse citée, p. 66 ss. ; Gaultier, Thèse citée, p. 137-138 ; Gaudemet, Thèse citée, p. 67 ; Arthaud, Thèse citée, p. 226 ; Piedelièvre, Thèse citée, p. 119 ss. ; Fuzier-Herman et Demogue, *Code civil annoté*, art. 201, nos 9 ss. ; Pochannet, *op. cit.*, *Rev. crit.*, 1856, tome IX, n° 201 ; Cabantous, note au *Journal du Palais*, 1858, p. 1083 ; Gilbert, note au S. 1859, 2, 17 ; Cohendy, note au D. P. 1889, 2, 17 ; Tissier, *Observations*, Rev. crit., 1902, p. 593 ; Beauchet, note au D. P. 1909, 2, 369 ; Binet, note au D. P. 1914, 1, 281 ; P. Roux, *Questions de Droit, Bigamie*, etc., dans la Gaz. des Trib. du 24-25 déc. 1919 ; H. Solus, note au S. 1929, 2, 129 (2e B.).

pêchement établi par les textes primitifs des articles 162 et 164 C. C. Mais, au lendemain de la promulgation de cette loi, les tribunaux se montrèrent très stricts à l'égard des mariages célébrés à une époque antérieure et qui, selon les auteurs de la nouvelle loi, devaient, à coup sûr, être tenus pour incestueux (39) Cette rigueur de la jurisprudence se manifesta non seulement par la déclaration de la nullité « absolue et radicale » de ces unions, contractées au mépris de la loi, mais par le refus aux contractants des faveurs dont l'ignorance des prescriptions légales aurait pu les rendre dignes « *Considérant qu'il n'est pas permis à aucun citoyen d'ignorer ces lois, ni par conséquent de prétexter de cette ignorance; que les articles* 201 *et* 202 (*C. C.*) *n'ont pas été édictés dans l'intention d'admettre cette excuse* » (40). C'était, comme l'on peut se rendre compte, repousser notre théorie, en prêtant au législateur des desseins assez fantaisistes.

142. — Il faut bien reconnaître cependant que la jurisprudence, en refusant d'accueillir notre théorie, n'a pas agi toujours aussi arbitrairement que dans l'espèce précédente. Notamment, la sécularisation du mariage, organisée par la loi du 27 septembre 1792, lui parut, dans les années qui suivirent la promulgation du Code, un de ces principes auxquels il ne fallait porter aucune atteinte et que nul ne pouvait être censé avoir ignoré. Pour comprendre cette appréciation, il faut songer aux vieilles rancunes, qui n'étaient pas encore éteintes, entre les pouvoirs laïcs et ecclésiastiques. Si le premier crut devoir prendre en mains l'organisation législative et administrative du mariage, ce fut parce que, dans le sein de la nation, se trouvait un nombre important de citoyens, aussi dignes d'estime que ceux qui appartenaient à la religion dominante. Il était donc logique que le législateur voulût embrasser les uns et les autres dans ses dispositions, en édictant des préceptes auxquels tous, sans distinction de croyances ou de religions, seraient à même de se soumettre. Cette réforme se réalisa sans aucun empiètement dans les âmes, ni aucune entorse à la foi des personnes. Le législateur révolutionnaire se contenta d'unir, pour l'application d'un principe universel et uniforme pour tous, ceux qui, la veille, étaient divisés par leurs divergences reli-

(39) V. Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 718, p. 385 et 386.
(40) Colmar, 14 janv. 1838, *loc. cit.*

gieuses. En proclamant la nécessité d'un officier de l'état civil, le Code voulut placer tous les sujets sur un pied d'égalité. Il se refusa d'introduire toute pratique qui eût blessé les sentiments religieux des citoyens, par un rappel des anciennes cérémonies qu'une fraction importante de la population française avait depuis si longtemps délaissées (41). Tandis que le conseiller Gohier, séduit par l'apparât qui parle à l'imagination plus qu'à la raison, voulait, lors de la discussion du Code, que le mariage ne se réduisît pas à « un petit procès-verbal », et rêvait d'une « cérémonie civile devant l'autel de la patrie », Bonaparte, moins utopiste, voulut tout au moins que l'officier municipal, représentant la loi, rappelât aux futurs époux leurs devoirs (42). Cependant, pour rudimentaire qu'ait pu paraître à l'époque cette formalité, elle n'était pas moins revêtue de toute l'autorité que lui conférait la toute puissance du législateur séculier. C'est ce que la jurisprudence comprit dès le début. Elle ne voulut pas que l'on feignît d'ignorer la loi et que, par tradition et peut-être par révolte, l'on continuât à se servir des anciennes pratiques religieuses.

Voici, notamment, une espèce qu'elle eut à résoudre. Le mariage de François de Saxy avait été contracté le 2 Fructidor an IX, devant le curé de Mothern, village français de l'Alsace. Lui-même reconnaissait la nullité de son union, mais en réclamait les effets civils en faveur de ses enfants Alphonsine et Valentin. Le tribunal civil de Nevers, par un jugement en date du 30 mai 1829, rejeta sa demande. La Cour de Bourges, saisie en appel, ne fit que confirmer le premier jugement. Tout d'abord, elle constata la nullité du mariage, célébré contrairement aux dispositions de l'art. 165, ensuite elle régla la question de la putativité dans les termes suivants : « *La nullité résultant de ce que, depuis la loi de* 1792, *un mariage a été célébré seulement devant un prêtre, est du nombre de celles que les parties ne peuvent ignorer, et, par suite, elle met obstacle à ce que le mariage produise des effets civils* ». Mais c'est surtout dans ses motifs que cet arrêt renferme une règle générale d'une importance extrême pour la théorie du mariage putatif. Il pose le principe, que nous savons déjà reconnu inexact, que l'excuse ne peut être acceptée que lorsque les époux ont ignoré leur

(41) Portalis, *Discours, Rapports et Travaux inédits sur le Code civil, Discours sur les Mariages des Protestants en France*, p. 476 ss.

(42) Baudry-Lacantinerie et Bonnecase J., *Tr. théor. et prat. de Dr. civ.*, Supp. tome IV, n° 357, p. 643, note 1.

propre situation, ou l'existence d'un empêchement dirimant. « *Considérant,* dit la Cour, *qu'il faut... que la nullité tienne à des circonstances ignorées des parties ou de l'une d'elles, telles, par exemple, que des empêchements dirimants dont elles n'auraient aucune connaissance... mais que nul ne peut ignorer la loi sous l'empire de laquelle il contracte; que la demoiselle Trautmann... n'a pu ignorer que la loi française ne reconnaissait pas les mariages sans le ministère de l'officier public... que l'intervention d'un prêtre, si elle pouvait tranquilliser la conscience, ne pouvait donc assurer l'état des enfants qui pourraient naître, ni produire aucuns effets civils, qu'ainsi ni elle ni le sieur de Saxy ne pouvaient se dire de bonne foi dans le sens légal de cette expression* » 43). Il va sans dire que ces arrêts, les seuls que nous rencontrons dans toute la jurisprudence française, comblèrent les vœux de ceux qui n'étaient pas partisans de l'admission de l'erreur de droit en notre matière.

143. — Les revirements qui survinrent dans la jurisprudence s'accomplirent graduellement, sans secousses ni contradictions, au contraire de ce qui s'était passé dans le sein de la doctrine. Sans doute, les tribunaux continuèrent à penser que l'ancien adage romain : « Nul n'est censé ignorer la loi », planait sur toutes les prescriptions légales, mais il ne leur échappa pas qu'une telle maxime n'était écrite nulle part dans la loi et que, dans ces conditions, il fallait la considérer comme une fiction juridique qui devait céder le pas devant la réalité des choses. Or, cette dernière présentait à leur appréciation des cas concrets, dont toutes les circonstances prouvaient qu'il était matériellement impossible que les dispositions et les préceptes de la loi française fussent connus de tous, surtout à l'étranger.

Ce sont de telles considérations qui motivèrent l'octroi du mariage putatif, chaque fois que l'un des prétendus époux était un étranger. Le citoyen français, pour responsable et inexcusable qu'il ait pu être, en contrevenant sciemment à la loi personnelle, ne le sera jamais assez pour pouvoir faire rejaillir sa faute sur la conduite erronée mais innocente de son conjoint étranger. La bonne foi de ce dernier reste entière. La présomption de connais-

(43) Trib. de Nevers, 30 mai 1829, et Bourges, 17 mars 1830, D. P. 1830, 2, 215. V. toujours à propos d'un mariage célébré par un prêtre, Bruxelles, 23 avril 1812, rapporté par Dalloz aîné, *Répert.*, v. *Mariage*, n° 589.

sance de la loi se trouvait donc, d'après ces premiers arrêts dérogatoires, en raison des circonstances géographiques et des limites assignées à la souveraineté du législateur français, détruite par la preuve du contraire (44).

Cette exception, si importante qu'elle pût être, n'était pas suffisante pour permettre l'application de notre théorie à d'autres cas, non moins dignes d'intérêt. Il fallait poursuivre le raisonnement sans s'arrêter à mi-chemin; c'est ce que fit la jurisprudence, en décidant que les Français n'étaient pas censés connaître les lois étrangères (45).

Les décisions des tribunaux ne tardèrent pas à déroger d'une façon plus générale à la fiction, lorsqu'ils permirent, même à des Français, d'invoquer l'ignorance de leur loi nationale. C'est ce qui fut admis, tout d'abord, dans une espèce où les époux avaient transgressé les prescriptions touchant aux formes extérieures du mariage (46). Cette importante dérogation au principe fut imposée par des circonstances exceptionnelles qui, dans l'espèce, amenèrent les époux à s'adresser, pour se marier, à l'aumônier du régiment, et non à l'officier de l'état civil. Voici d'autres exemples plus récents. Le sieur Duvoisin, veuf en premières noces de Marie Lathière, épousa Rose Lathière, sœur de sa première femme, le 18 avril 1803, alors que le titre V du Code Civil avait été promulgué le 27 mars précédent. Les petits-fils du premier lit prétendirent écarter les enfants issus de la deuxième union de leur père; ces derniers invoquèrent à leur tour la bonne foi de leurs parents. Les demandeurs à l'instance ripostèrent qu'une telle prétention était sans influence et qu'aucune force au monde ne pouvait leur conférer les effets civils du mariage, du moment que l'erreur consistait dans une erreur de droit. Cependant, et en dépit des objecteurs de conscience, la Cour de Limoges rejeta la prétention des demandeurs et acquiesça aux conclusions des enfants putatifs (47).

---

(44) Trib. civ. de la Seine, 24 août 1819 et Paris, 18 déc. 1837, D. P. 1838, 2, 177; Aix, 8 févr. 1821, Dalloz aîné, *Répert.*, v. *Mariage*, n° 591, 2e Req. rej., 11 août 1841, D. P. 1841, 1, 330 ; Trib. civ. de Lyon, 15 juin 1850, et Lyon, 24 févr. 1881, D. P. 1881, 2, 199 ; Chambéry, 15 juin 1869, D. P. 1869, 2, 188 ; Bordeaux, 5 févr. 1883, Dalloz, *Suppl. au Répert.*, v. *Mariage*, n° 319, 1er; Cass. civ., 30 juillet 1900, D. P. 1901, 1, 317 avec les conclusions de M. l'av. gén. Desjardins, et S. 1902, 1, 225, note de M. Wahl ; Trib. sup. de Monaco, 12 déc. 1899, Clunet 1900, p. 197 (femme Franç., mari Moganesque).

(45) Chambéry, 15 juin 1869, *loc. cit.* ; Bordeaux, 5 févr. 1883, *loc. sit.*

(46) Cass. civ., 21 mai 1810, S. 1810, 1, 325, D. P. 1810, 1, 317.

(47) Limoges, 25 août 1841, S. 1842, 2, 483. Adde : Metz, 7 févr. 1854, D. P. 1854, 2, 217, S. 1854, 2, 659, P. 1854, 1, 315 ; Aix, 11 mars 1858, S. 1859, 2, 17, P. 1858, 1083, note Cabantous.

Parfois, les juges s'efforçaient de mieux fonder leur acceptation de l'ignorance de la loi nationale, en relevant les circonstances particulières de chaque espèce qui faisaient obstacle à la connaissance par les époux des termes de la loi. « *Considérant,* dit la Cour de Paris, *que l'ignorance où elle (la femme) se trouvait de la disposition prohibitive de la loi... à l'âge et dans la situation où elle se trouvait... alléguant avec toute apparence de vérité que sachant très bien que son père avait épousé une sœur de sa mère, il ne lui était pas venu dans la pensée que ce mariage ait pu être jamais contraire aux dispositions de la loi* » (47 *bis*). De même, pour excuser l'erreur commise par deux époux, la Cour de Metz jugeait : « *Attendu que... la bonne foi peut résulter de ce que, simples campagnards d'une intelligence bornée, et habitant une commune presque limitrophe de la frontière du Grand-Duché de Luxembourg, où le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs était permis avec l'autorisation du roi...* » (48).

Une fois entré dans cette voie, il était impossible de s'arrêter. La jurisprudence comprit qu'il fallait étendre la putativité aux autres empêchements de parenté, notamment aux infractions aux articles 163, 164 et 184 du Code Civil. Tout en déclarant la nullité d'un mariage incestueux, le tribunal de Dijon décidait « *que la bonne foi du demandeur en contractant ce mariage a été complète ; qu'elle résulte des circonstances de la cause et qu'au surplus, en toute hypothèse, la mauvaise foi n'est et ne peut-être alléguée pour aucune des parties* » (49).

144. — L'élasticité de la jurisprudence semble cependant avoir trouvé une limite dans l'empêchement énoncé par l'art 161 C. C. Le tribunal civil de Vienne reconnut qu'un père pouvait épouser la fille de sa première femme, étant dans l'ignorance des prescriptions légales (50), et, en conséquence, leur attribua le bénéfice du mariage putatif. Mais la jurisprudence française n'offre pas d'exemples d'incestes commis entre parents en ligne directe, au premier degré. Il est inutile de préciser que la bonne foi serait pratiquement indémontrable dans une espèce de cette sorte, tout au moins s'il s'agissait de personnes ayant vécu au milieu d'une

(47 bis) Paris, 9 févr. 1860, S. 1860, II, 66.
(48) Metz, 7 févr. 1854, D. P. 1854, 2, 217. Adde : Aix, 5 mai 1846, D. P. 1846, 2, 147.
(49) 13 mai 1907, D. P. 1910, 2, 196.
(50) 28 déc. 1865, S. 1886, 2, 201, D. P. 1867, 3, 45.

civilisation semblable à la civilisation française. Nous réservons notre avis pour le cas d'indigènes naturalisés ou non et à qui leurs coutumes primitives ancestrales font un devoir d'épouser leurs propres descendants. Le tribunal, d'autre part, est souverain dans la matière, mais nous tenons cependant à faire remarquer qu'il ne faut pas confondre la question de nullité d'une pareille union, qui ne fait pas de doute pour personne, avec celle de l'ignorance dans laquelle ont pu se trouver les contractants. Une semblable union est répréhensible et monstrueuse, mais la bonne foi, à supposer qu'elle puisse s'y rencontrer, est encore plus digne de pitié (51).

145. — Pour conclure, citons deux cas qui sont susceptibles de se produire dans l'état actuel de la législation. En premier lieu, il s'agit du mariage contracté par un époux divorcé avec la sœur ou le frère de son premier conjoint, sans avoir obtenu, au préalable, dispense du Président de la République. Ce mariage, tout en devant être considéré comme nul, n'en est pas moins putatif. Tel fut l'avis de la Cour de Paris, qui décida dans les termes suivants : « *On doit admettre l'existence de la bonne foi, si la célébration d'un tel mariage a été le résultat de l'erreur, très répandue à ce moment et partagée même par l'officier d'état civil, que le divorce fait cesser tout lien de parenté ou d'alliance entre les anciens époux et leurs familles* » (52). On peut songer encore à une deuxième hypothèse, dont l'exemple est fourni par la pratique jurisprudentielle des années postérieures à la guerre. Il s'agit du cas où le mariage a été déclaré nul, comme contracté par un époux dont le divorce n'était pas devenu définitif en raison de la suspension des délais de procédure, édictée par le décret du 10 août 1914. La Cour de Nîmes décida avec raison, dans une espèce de cette sorte, dans l'affaire Chaud c. Goujet, que l'erreur

(51) *Adde* aux cas d'erreur de droit où le mariage putatif a été admis. Req., 9 nov. 1846, D. P. 1846, 1, 337; Bruxelles, 4 août 1852, Pass. belge 1858, 2, 231; Paris, 14 mars 1889, D. P. 1890, 2, 88 ; Trib. civ. de Bordeaux, 10 mars 1893, *Journ. des Aud. de la C. d.A. de Bordeaux*, 1896, 2, 68 ; Trib. civ. de Dieppe, 27 mai 1886 ; D. P. 1889, 2, 19, confirmé par Rouen, 6 avril 1887, D. P. 1889, 2, 17, note Cohendy, S. 1890, 1, 145, note Labbé ; Alger, 17 nov. 1906, D. P. 1909, 2, 369, note Beauchet ; Cass. civ., 5 nov. 1913, D. P. 1914, 1, 281, note Binet ; Nîmes, 27 oct. 1929, S. 1922, 2, 33, note E. Cuq. Cpr. Paris, ch. réun., 20 juillet 1867, *Le Droit*, 28 juillet 1867. Nîmes, 17 juin 1929, S. 1929, 2, 129, note Solus ; Cass. req., 14 mars 1933, S. 1934, 1, 161, note Solus et concl. du rapp. Pilon.

(52) Paris, 18 mars 1897, D. P. 1897, 2, 200. Cpr. Trib. civ. de la Seine, 30 déc. 1887, D. P. 1890, 2, 88.

sur la portée de ce décret ne fait pas obstacle à ce que le mariage annulé puisse être contracté de bonne foi (art. 201, 252, loi du 10 août 1914).

Ainsi, nous avons parcouru en détail les diverses étapes que la doctrine et la jurisprudence ont eu à franchir dans cette partie de notre matière, si importante pour la science juridique ; il ne nous reste qu'à examiner le bien fondé des arguments invoqués par les auteurs aussi bien que par les magistrats, pour justifier leur opinion.

4° Critique raisonnée de la doctrine et de la jurisprudence

146. — Il existe en cette matière, une théorie traditionnelle qui a toujours rencontré des partisans parmi les auteurs qui, tout en reconnaissant le bien fondé du brocard romain « *Nemo censetur...* » s'efforce d'établir une triple distinction dans le droit (53). Selon cette théorie, il y aurait tout d'abord des principes appartenant à la loi naturelle, gravés dans tous les cœurs. Il suffirait de rentrer en soi-même pour s'en instruire. On ne pourrait donc les ignorer que par une négligence coupable et, dès lors, cette ignorance ne devrait jamais pouvoir servir d'excuse. A l'égard du droit civil, cette théorie fait une distinction entre les dispositions qui touchent à des intérêts d'ordre public et celles dont l'objet est de régler les rapports des citoyens entre eux. Celui qui viole des préceptes appartenant à la première de ces catégories est sans doute moins répréhensible que celui qui enfreint la loi morale ou naturelle, et à ce titre, il devrait être traité avec une sévérité moins grande, mais comme l'infraction qu'il a commise est de nature à mettre en péril le corps social tout entier, c'est en vain qu'il essaiera de se retrancher derrière sa bonne foi, sauf dans certains cas, bien rares d'ailleurs, où sa bonne foi devra être considérée comme réellement invincible. Par contre, lorsque l'intérêt général n'est plus en jeu, rien n'empêche qu'on cherche à concilier en sa faveur, la maxime : « *Nul n'est censé ignorer la loi* » avec les exigences d'équité. Les partisans de cette division tripartite reconnaissent, non sans regret, que la ligne de démar-

(53) Merlin, *Répert.*, v. *Ignorance*, § 1, n° III, B, *De l'Histoire et de la Philosophie.* Dissertation de M. Bressolles, *De l'Erreur de Droit*, Rev. de Lég. et de Jur., tome XVII, 1843, p. 602-622.

cation entre ces catégories de lois sera parfois difficile à établir, faute d'un critérium invariable, mais ils chargent le magistrat de fixer des règles à ce sujet.

Nous pensons que cette théorie traditionnelle, si raisonnable et digne de mérite qu'elle soit, ne peut jouer aucun rôle simplificateur dans notre matière du mariage putatif. Où placera-t-on, par exemple, les cas d'inceste entre parents en ligne directe ? Dira-t-on qu'ils n'intéressent que le cercle restreint de la famille, ou, au contraire, voudra-t-on y voir une atteinte au corps social tout entier ? D'autre part, si l'on songe qu'une interdiction de la sorte appartient certainement à l'ensemble des préceptes moraux qui ont régi pendant des siècles la vie de l'homme en société, que décidera-t-on à l'égard de la putativité ? Il suffit de poser le problème pour s'apercevoir qu'il est pratiquement insoluble au moyen de cette division tripartite proposée par ces auteurs (54).

C'est le même reproche que nous devons adresser aux auteurs qui nous ont précédé, celui de ne pas s'être inspirés de l'esprit de notre institution et d'avoir fait réfléchir sur elle l'influence des contradictions doctrinales qui, bien que fondées en elles-mêmes, s'adaptent mal à la nature éminemment simplificatrice du mariage putatif. Celui-ci, dès son origine, se vit assigner une tâche ingrate : celle de contredire et de contrecarrer les principes les mieux établis du Code. Du reste, les auteurs, même ceux qui se montraient adversaires de l'extension de la putativité aux erreurs de droit, n'ont dirigé leurs reproches que contre cette sorte d'erreur, sans mettre en doute la puissance de notre principe. Mais c'est à tort qu'ils pensent que parmi les conditions auxquelles le législateur a voulu soumettre l'institution il faut compter *l'excusabilité de l'erreur*. Or, poursuivent-ils, il n'est pas douteux que l'erreur de droit, contrairement à l'erreur de fait, ne remplit pas cette condition. A un semblable argument, il suffit de répondre que nulle part le législateur ne fait une allusion, expresse ou tacite, au caractère de l'erreur, pour faire perdre à cet argument tout son fondement juridique.

147. — A l'encontre de la théorie traditionnelle que nous venons de rapporter, nous pensons que la maxime : « Nul n'est censé

---

(54) Cpr. Laurent, *Principes*, tome II, n° 504, p. 636 ss., et tome I, n° 278, p. 353.

ignorer la loi », quoique n'ayant été reproduite nulle part dans le Code, est cependant clairement traduite par les expressions dont le législateur se sert dans l'art. I C. C., telles les expressions : « *seront exécutées* », dans le second alinéa, et « *réputée connue* », dans le troisième alinéa. Nous pensons qu'à raison de la place qu'elles occupent dans le Code Civil, les dispositions de l'art. 1er s'appliquent à toutes les lois sans distinctions de catégories, mais notre interprétation diffère radicalement de celle de nos contradicteurs. Il ressort de la lecture de ce texte que la présomption de connaissance des lois qu'il édicte n'a d'autre objet que de soumettre à ces lois les individus qui y sont assujettis en vertu du principe de la souveraineté nationale, *et de les empêcher d'invoquer une prétendue ignorance des prescriptions légales pour se soustraire à leur application* (55). Or, quelle est la situation des conjoints prétendant avoir été de bonne foi au moment de leur mariage ? Veulent-ils faire dévier la sanction juridique de la nullité, que le législateur impose à toutes les unions contractées en dépit de ses commandements ? Non, mais au contraire, nous avons déjà vu, en traitant de la première condition du mariage putatif, qu'ils *veulent et doivent* se prévaloir, s'ils entendent bénéficier de la faveur de la loi, de la sanction juste et équitable de la nullité (56). Donc, on ne peut leur reprocher de vouloir se soustraire aux lois en invoquant leur ignorance. Seulement, ils veulent se prévaloir d'un certain état d'esprit éthico-psychologique, auquel la loi attribue une indubitable valeur juridique, lorsqu'il est accompagné d'autres circonstances particulières et explicitement définies par la loi. Dans ces conditions, les conjoints ne font que demander l'attribution d'un bénéfice dont ils croient mériter la faveur, et que le législateur leur a expressément réservé.

148. — Si au lieu de nous borner à examiner la question du point de vue de l'erreur de droit, nous jetons un regard ailleurs et examinons de plus près la nature intime du mariage putatif, la solution que nous obtiendrons est, à tous les points de vue, concluante et décisive. Nous avons dit précédemment que le fondement juridique du mariage putatif était le consentement des

(55) Note P. Binet, au D. P. 1914, 2, 81 ; Dereux, *Etude critique de l'Adage « Nul n'est censé... »*, Rev. trim. de Dr. civ., 1907, p. 513. Cpr. Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, p. 49, note 7. Nîmes, 23 févr. 1858, S. 1859, 2, 385.

(56) V. *suprà*, n° 88.

époux (57) ; il est la cause efficiente de tous les effets qui découlent de ce mariage. Mais ce n'est pas n'importe quel consentement qui est générateur d'effets dans la matière, et, tout d'abord, il ne saurait être question de celui de l'art. 146 du C. C., qui n'est applicable qu'au mariage valable. Les deux sortes de mariages, le mariage putatif et le mariage régulier, s'opposent dans leurs existences respectives, aussi bien que dans les consentements qui sont à leurs origines. Le consentement, dont il est question en matière de mariage putatif, est celui de l'art. 1109 C. C., qui suppose par définition un vice. La maxime : « *Non videtur consentire qui errat* », n'est donc pas exacte en matière de mariage (58). Cette affirmation peut sembler, à première vue, assez inattendue, mais il suffit d'examiner les choses de plus près, pour s'apercevoir, qu'elles sont telles que nous les représentons. Supposons un consentement au mariage, donné après toutes les opérations mentales que comporte la volition de l'homme, et avec l'observation de toutes les formalités et préceptes de la loi, il ne pourra produire que les effets civils attribués à un mariage bon et régulier parmi lesquels il faut compter, en premier lieu, la validité de l'union. Par contre, si un obstacle s'est opposé à la validité du consentement, il ne peut être question que de lui faire produire éventuellement les effets prévus par le législateur dans les cas exceptionnels des articles 201 et 202 du Code Civil. Or, pour résoudre la question de savoir si le mariage putatif doit être appliqué en cas d'erreur de droit, nous n'avons qu'à nous en tenir à l'interprétation courante qu'en donne l'art. 1109 C.C. Considère-t-on que le consentement peut être vicié par une erreur de droit aussi bien que par une erreur de fait ? La jurisprudence l'entend ainsi, tout au moins lorsque cette erreur a été la cause principale et déterminante de l'engagement (59). Il serait donc illogique et téméraire de supposer que le Code a voulu se référer à l'une de ces erreurs à l'exclusion de l'autre, lorsqu'il s'agit d'en faire application de la théorie des vices du consentement dans les articles 201 et 202.

Deux objections peuvent nous être adressées et, d'avance, nous tenons à les réfuter, pour éviter tout malentendu. On peut, tout

(57) V. *suprà*, n° 113.
(58) Cpr. Pochannet, *De l'erreur de Droit*, Rev. crit. de Lég. et de Jur., tome IX, 1856, p. 180.
(59) Pochannet, *op. et loc. cit.*

d'abord, reprocher à notre système de confondre les notions de mariage et de consentement. Dans le cas de mariage putatif, on pourrait nous faire observer que ce n'est pas tellement le consentement, qui est vicié, que le mariage lui-même, ce dernier ayant été contracté en dépit des empêchements qui y faisaient obstacle, ou des règles édictées pour sa célébration. Une telle objection pèche, à notre avis, en ce qu'elle prend les effets pour l'essence, en faisant abstraction de la cause originaire. Annuler un mariage que les époux ont célébré à l'encontre de la loi, ce n'est pas seulement lui enlever toute efficacité juridique, mais encore détruire sa base et son essence qui n'est autre que la volonté libre et normalement manifestée des époux. Le magistrat, en prononçant sa sentence, vise moins le mariage lui-même, que le consentement. Si celui-ci est vicié, il n'en peut être autrement de celui-là. Il en est d'ailleurs de même pour n'importe quel contrat, puisque la rubrique sous laquelle se trouve placé l'art. 1109 C. Civ., vise aussi bien les contrats purement consensuels que les contrats solennels qui requièrent l'intervention d'un officier public. Une deuxième objection peut encore nous être adressée : que deviendrait notre raisonnement si la doctrine et la jurisprudence, contrairement à ce qui se passe maintenant, refusaient de comprendre dans la notion de vice du consentement de l'art. 1109 C. C., l'erreur de droit ? A supposer que l'on veuille appliquer un tel refus à la matière du mariage — ce qui est d'ailleurs juridiquement improbable, du moment que le Code prévoit expressément des erreurs de droit entachant de nullité le mariage — notre argument reste tout entier : le mariage devant être considéré comme valable, la question du mariage putatif ne se pose pas.

149. — Notre argumentation personnelle, en faveur de l'acceptation de l'erreur de droit, dans notre matière, n'est pas la seule sur laquelle on puisse étayer une thèse favorable. Les auteurs, ainsi que la jurisprudence, n'ont pas manqué de faire ressortir que les termes généraux des articles 201 et 202 C. C. ne permettent pas de faire aucune discrimination. *Lex non distinguit* (60). On ne voit pas très bien, dès lors, comment le juge pourrait établir cette distinction, de sa propre autorité, surtout si l'on songe que

(60) Marcadé, *op. cit.*, art. 201, n° 695 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, p. 49, note 7 ; Bartin sur Aubry et Rau, texte et note 7, p. 67.

le législateur ne lui a confié, sur ce point, que l'appréciation de l'existence de la bonne foi chez les époux. De son côté, voici comment s'exprime un des arrêts les plus remarquables que nous ayons sur la question : « *Attendu, que les termes de l'article* 201 *son précis et généraux... qu'il ne peut donc se présenter à l'examen du tribunal que cette seule et unique question : les époux Bonnet étaient-ils de bonne foi lorsqu'ils ont contracté mariage ? Que ce serait déjouer la loi, et y ajouter, pour la rendre contrairement à tous les principes, moins favorable...* (d'établir une différence entre l'erreur de fait et de droit) » (61). D'autre part, il nous semble exact de dire que lorsque la loi a voulu établir une distinction entre les nullités, elle l'a fait, notamment dans les articles 181 et ss., or rien de semblable ne se trouve dans le texte des articles 201 et 202 du Code (62). Nous pensons, au contraire, qu'il y a des textes qu'il est impossible de séparer sans porter atteinte à l'esprit du Code ; ce sont l'art. 184 d'une part, et les textes relatifs au mariage putatif d'autre part (63). Or, l'article 184 se réfère indistinctement à des hypothèses d'erreur de fait et d'erreur de droit. Si l'on admet, comme c'est évident, que le législateur a voulu que les articles 201 et 202 servent à atténuer les conséquences normales, mais funestes de l'annulation prévue par l'article 184, on reconnaît implicitement que le mariage putatif doit s'appliquer à l'erreur de droit comme à l'erreur de fait.

D'autres considérations encore militent dans le même sens : soit, que sans sortir du cadre exclusivement légal, l'on s'en rapporte aux principes d'ordre général qui règlent la dualité des erreurs dans les autres branches du droit, soit que l'on invoque des considérations tirées de l'esprit d'équité et d'humanité, dont le législateur a voulu entourer la théorie de la putativité.

150. — Contre l'opinion que nous soutenons, on prétend, que seule l'erreur de fait est excusable. A supposer que « l'excusabilité » soit exigée par le législateur, ce qui n'est pas exact (64), il

---

(61) Aix, 11 mars 1858, S. 1858, 2, 17, note Gilbert, P. 1858, p. 1082 ss., note Cabantous ; V. Solon, *Des Nullités*, n° 200.

(62) V. Paris, 9 févr. 1860, S. 1860, 2, 66.

(63) V. Aix, 11 mars 1858, *loc. cit.*

(64) A. Valette, *op. cit.*, tome I, p. 305; Dalloz aîné, *Répert.* Supp., v. *Mariage*, n° 322; Dalloz, *Code civil annoté*, art. 201, n°s 59 et 60; Demolombe, *op. cit.*, tome III, n° 358, p. 530. V. pour la prescription acquisitive : Aubry et Rau, *op. cit.*, tome I, § 28, note 7 ; Jaubert, Thèse citée, p. 32.

n'en reste pas moins que le corollaire qu'on tire de ce prétendu principe, corollaire d'après lequel l'erreur de fait serait seule excusable, est faux. Nous pensons, au contraire, que la question ne doit pas être posée sous cette forme. Nous sommes d'avis que l'erreur de droit n'excuse jamais, et, par là, nous entendons dire qu'elle ne permet jamais de se soustraire à la sanction légale qui condamne le mariage comme ayant été contracté à l'encontre d'un empêchement dirimant. Donc, l'erreur de droit ne saurait servir à relever de leur déchéance ceux qui l'ont méritée (65). A ce point de vue, nous maintenons l'ancienne formule : *Error juris nocet.* Mais nous savons déjà que telle n'est pas la situation des époux putatifs. L'étude des textes sur la matière nous conduit à penser que l'exclusion de l'erreur de droit du bénéfice des effets que le législateur octroie à l'erreur en général est exceptionnelle et toujours explicitement prévue par le Code. Ajoutons que tout le monde n'admet pas le bien-fondé de ces exceptions (66). Il nous paraît plus exact de dire que la règle est celle qui est appliquée dans les articles 549 et 1347 C. Civ., où la tradition et la raison s'accordent pour admettre l'ignorance de la loi, au même titre que l'erreur de fait (67).

151. — L'attitude de la doctrine, comme celle de la jurisprudence, tout en nous semblant juste et conforme au silence du Code, qui n'exige nullement l'excusabilité de la faute commise, ne nous paraît pas tout à fait logique. C'est que la question de l'admission de l'erreur de droit, en notre matière, ne peut être résolue qu'en ayant, auparavant, examiné la nature du concept de la bonne foi. Est-on partisan de la théorie éthique ou, au contraire, croit-on pouvoir supposer que le législateur a eu en vue dans les art. 201 et 202, une simple bonne foi, qualité purement psychologique ? A notre sens, il ne peut être question d'excusabilité ou d'inexcusabilité que dans cette dernière hypothèse. Si l'on s'en rapporte toujours à l'état d'ignorance chez les époux (conception éthique), état naturel et permanent en quelque sorte, on n'a que faire

(65) Pochannet, *op. cit.*, *Rev. crit. de Lég. et de Jur.*, 1856, p. 177-178.

(66) Solon, *op. cit.*, tome I, n° 200, p. 118 ; Jaubert, Thèse citée, *loc. cit.* Beudant, *op. cit.*, tome I, p 189, note 4 et *Contrats civils*, tome II, n° 1600 ; Planiol, Ripert, Esmein et Savatier, *Obligations*, tome II, n° 1567.

(67) V. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours*, tome I, n° 199, p. 187 ss. Cpr. Cass. civ., 22 oct. 1894, D. P. 1896, 1, 585, note de Loynes ; Dalloz, *Répert. prat.*, v. *Quasi-Contrats*, n° 84.

de la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Ou l'ignorance sera excusable ou elle sera inexcusable, mais elle ne saurait être excusable en cas d'erreur de fait et inexcusable en cas d'erreur de droit. C'est d'ailleurs fort logique, l'ignorance est un état intellectuel purement passif ; vouloir établir des degrés et des catégories dans cet état, c'est introduire l'arbitraire et la fantaisie en la matière. Par contre, si les époux ne peuvent se borner à prétendre avoir ignoré la loi, mais doivent avoir cru pertinemment qu'ils agissaient conformément à la loi, alors seulement l'excusabilité de leur erreur peut intervenir. En effet, la croyance, contrairement à l'ignorance, n'est pas un état passif mais actif. La croyance suppose, par rapport à l'ignorance, un certain effort intellectuel et volitif ; rien ne s'oppose donc à ce que le législateur fixe des limites précises, en deça desquelles aucune faveur légale ne saurait être accordée aux époux. Mais, nous le répétons, c'est une question dont le Code n'a pas fait mention, et, par conséquent, elle doit être exclue de l'appréciation de la bonne foi. Celle-ci est pour nous une question de pur fait, et son appréciation appartient au juge du fond (68).

152. — On a encore objecté que les époux sont tenus de se renseigner avant d'entreprendre un acte aussi important que le mariage. C'est, à notre avis, exiger le maintien d'une vieille tradition, dont aucune trace ne se retrouve aujourd'hui dans le Code. Avec beaucoup de perspicacité, l'on a répondu que pour s'enquérir il faut nécessairement douter, et ce n'est pas nécessairement le cas dans notre matière (69). Quoi qu'il en soit, il ne peut être question d'exiger cette nouvelle condition à la charge exclusive de ceux qui ont agi dans l'ignorance du droit ; ce sont tous ceux qui ont commis une erreur de fait qui doivent justifier de leur diligence (70). Si l'on veut s'en rapporter, en notre matière, à l'ancienne tradition romaine, ce n'est possible qu'en rappelant les traits caractéristiques que les Romains lui assignèrent. Ils admet-

(68) V. Solon, *op. cit.*, tome I, n° 200, p. 188. Cpr. pour l'usucapion en droit romain, Pernice, *M. A. Labeo*, Halle, 1878, tome II, p. 207-230 ; Bonfante, *Essenza della buona fides e suo rapporto collo teorica dell'errore*, dans le *Bullettino di Diritto Romano*, anno VI, 1893, p. 92-93, n° 4.

(69) Demolombe, *op. cit.*, tome III, n° 357, 2, p. 527 et tome I, n°s 23 et 29 ; Laurent, *Principes*, tome II, n° 504, p. 636 ss. ; Pochannet, *op. cit.*, *Rev. crit. de Lég. et de Jur.*, tome IX, 1856, p. 200.

(70) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, n° 1900 et tome I, n° 114.

taient l'excuse de l'erreur de droit dans certaines circonstances bien déterminées, alors que la personne, victime de l'erreur, s'était renseignée auprès des hommes de loi. La consultation des « *prudentiores* » facilitait l'acceptation de l'excuse (71), ce qui ne veut pas dire que les conseils erronés que l'on aurait pu obtenir après cette « consultation sur le droit » (*die Rechtsbelehrung*) aurait pu servir à conférer une excuse (72). La jurisprudence française s'est toujours montrée très rigoureuse à cet égard (73). Elle va jusqu'à admettre, en matière de tarifs et horaires de chemins de fer, que les renseignements donnés par les employés des compagnies ne suffisent pas à couvrir l'erreur commise par les voyageurs (74). Avec la théorie contraire à celle que nous soutenons, on aboutit à créer une présomption légale de mauvaise foi, alors que l'on sait que de telles extensions sont formellement interdites par la loi, puisque les présomptions légales sont de droit strict.

153. — Pour clore cette discussion, qui aujourdhui a certainement perdu de l'importance, depuis l'adhésion de la Cour Suprême à la thèse que nous défendons (75), il ne nous reste qu'à rappeler une considération d'ordre purement logique. N'est-il pas exact de reconnaître plus dignes d'intérêt et d'estime des époux qui ont contracté mariage, en omettant de remplir une disposition réglementaire du Code, que ceux qui ne se sont pas souciés d'examiner leur situation personnelle ? S'il fallait demander un minimum de diligence aux époux, c'est bien dans ce dernier cas qu'on le ferait et qu'on serait en droit de leur adresser des reproches pour avoir omis les démarches les plus élémentaires. Faire connaître les préceptes légaux est la fonction du législateur, connaître leur situation personnelle est la tâche qui incombe aux individus. Et cette pensée est si juste que nous voyons le législateur venir en aide à ceux qui ont poussé leur indifférence jusqu'au point d'ignorer la position qu'ils occupent dans le cadre juridique des rapports sociaux par rapport à leurs semblables. Il doit en être de même

(71) D. 1, 10, *De bon. poss.* ; 1, 2, § 5, *Quis ordo.*, 38, 15. Bruns, *Die bona fides bei der Ersitzung*, p. 120 et ss.

(72) Cpr. Wätcher, *Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums*, p. 118 ss. ; Bruns, *op. cit.*, p. 124 ss.

(73) V. Gorphe, Thèse citée, p. 134.

(74) Dereux, *Etude critique de l'Adage « Nul n'est censé ignorer la Loi »*, Rev. trim. de Dr. civ., 1907, p. 513 ss.

(75) Adde aux arrêts cités par nous, Dereux, *op. cit.*, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1907, p. 551.

dans les hypothèses moins sérieuses et moins en contradiction avec la morale et le bon sens. Ne perdons pas de vue qu'opiner autrement ne constitue pas seulement une injustice, mais encore enlève à la loi son utilité pratique. Le législateur civil intervient pour prévenir un fait délictueux ou erroné, alors que, dans l'hypothèse que nous envisageons, l'erreur est déjà commise. C'est cette idée qui a conduit parfois le législateur à exonérer de toute sanction ceux qui ont ignoré ses préceptes. Notamment l'art. 4 du décret-loi du 5 novembre 1870 porte : « Les Tribunaux et autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants, si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la promulgation » (76).

§ III. — *A quel moment doit-on exiger la bonne foi ? Effets de sa cessation*

154. — Chaque fois que le législateur a fait intervenir la condition de la bonne foi, il a eu soin de préciser la durée de la bonne foi. Par exception, il ne dit rien sur ce point, dans la matière du mariage putatif, et cette lacune est d'autant plus redoutable que l'interprète s'est trouvé fort embarrassé, car plusieurs solutions peuvent être envisagées par analogie, et sont aussi logiques les unes que les autres. L'intérêt du problème est encore accru par les conséquences capitales qui peuvent résulter de la solution choisie. La bonne foi perdrait tout intérêt pratique, s'il fallait suivre son sillage à travers les péripéties multiples d'une longue période d'existence. Le juge, tenu, pour apprécier la bonne foi, de scruter la conscience humaine, échouerait dans cette tâche à raison du peu de moyens dont il dispose. Le mariage putatif deviendrait le résultat du hasard qui permettrait aux parties de se prévaloir de preuves à diverses époques de leur vie matrimoniale. Ceux qui, ayant agi dans la croyance de la validité de leur union, ne se seraient guère souciés de manifester à diverses reprises leur bonne foi, s'en verraient impitoyablement exclus. Au surplus, l'on comprendra aisément toute la difficulté si l'on songe que les mêmes actes humains ne reflètent pas nécessairement les mêmes

(76) Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, tome I, n° 198, p. 187.

sentiments chez plusieurs individus, pas plus que chez la même personne aux diverses époques de son existence.

Ces raisons, d'ordre psychologique, amenèrent les rédacteurs du Code à simplifier le rôle du magistrat, en précisant l'instant auquel il doit attacher son attention lorsqu'il s'apprête à découvrir cette qualité de la conscience, pour en faire usage dans la pratique juridique. Tout le problème consiste donc à savoir quel est cet instant auquel le législateur a voulu se référer, en matière de mariage putatif. C'est la première question que la doctrine a dû résoudre. Une deuxième question, non moins intéressante, à raison des difficultés qu'elle offre, est intimement liée à la précédente, et porte sur le point de savoir quels sont les effets produits par la cessation de cette condition, à l'égard des époux et en ce qui concerne le sort des enfants nés postérieurement. Les problèmes posés par ces deux questions ont fait l'objet de maints commentaires de la doctrine, auxquels nous attachons une grande importance, parce qu'ils révèlent la fausseté de l'opinion, assez répandue parmi les auteurs (77), qui considère la bonne foi comme l'élément unique et la cause génératrice des effets civils de la putativité.

155. — Les matériaux dont on dispose peuvent être classés en deux groupes. Tout d'abord, ceux qui nous sont fournis par les textes. La majorité des auteurs n'ont pas manqué d'utiliser l'argument tiré des termes de l'art. 201 C.C., « *lorsqu'il a été contracté* », pour décider que la bonne foi ne doit être exigée qu'au moment de la célébration (78). Nous pensons, en effet, que si les rédacteurs

(77) V. *suprà*, n° 86.

(78) Duranton, *op. cit.*, tome II, n° 363 ; Vazeille, *op. cit.*, tome I, n° 283 ; Duvergier sur Toullier, tome I, n° 656, note 1 ; Marcadé, *op. cit.*, tome I, art. 201, n° 694 ; A. Valette, *op. cit.*, tome I, p. 305 ; Mourlon et Démangéat, *Répétitions écrites sur le Code civil*, tome I, n° 705, p. 390 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome I, n° 284 bis, V, p. 428-429 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome I, p. 49, note 7; Laurent, *Principes*, tome II, n° 505, p. 639-640 et *Cours*, tome I, n° 183; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1903; Huc, *op. cit.*, tome II, n° 160 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, n° 1098 ; Rouast dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 319, p. 250 ; Colin et Capitant, *op. cit.*, tome I, n° 170, 3 ; Gaudemet, Thèse citée, p. 83-84 ; Millet, Thèse citée, p. 305 ; Arthaud, Thèse citée, p. 228. Trib. civ. de la Seine, 24 août 1819, confirmé par Paris, 18 déc. 1837, D. P. 1838, 2, 177 ; Trib. civ. de Tizi-Ouzou, 20 juin 1878, sous Alger, 26 mai 1879, D. P. 1880, II, 161 ; Trib. civ. de Bordeaux, 10 mars 1896, *Journ. des Arrêts de la C. d'A. de Bordeaux*, 1896, 2, 68 ; Nîmes, 27 oct. 1919, S. 1922, 2, 33, note E. Cuq, Paris, I ch., 31 déc. 1925, D. H. 1926, 58, G. P. 1926, 1, 468. Cpr. Trib. civ. de la Seine, 6 févr. 1924, *G. des Trib.*, 29 mai 1924 ; Cass. civ., 8 janv. 1930, S 1930, 2, 257, note Gény.

du Code avaient voulu en décider autrement, ils auraient rédigé ainsi qu'il suit, cet article : « Le mariage produit des effets civils... *tant que les époux sont de bonne foi...* » Or, s'ils n'ont pas usé de cette formule, c'est qu'ils ont entendu que la bonne foi ne soit requise qu'au moment de la célébration du mariage. Il est évident que les auteurs du Code, en employant délibérément l'expression dont ils se sont servis dans l'art. 201, ont penché dans le sens que nous indiquons. Il n'est pas douteux qu'ils y furent amenés par le désir d'éviter les contradictions et les flottements auxquels donna lieu la pratique de l'Ancien Droit et que nous avons déjà examinés (79).

156. — La bonne foi devrait, au contraire, selon certains auteurs, être exigée au moment de la conception des enfants (80). La première remarque à faire est qu'une telle théorie n'est applicable qu'au cas où un enfant viable est issu du mariage. En outre, une pareille opinion provient de l'idée fausse que les auteurs de l'Ancien Droit se faisaient de la légitimation des enfants par mariage putatif subséquent (81), qu'ils concevaient surtout comme le moyen de rejeter hors de la légitimité les enfants nés auparavant. Mais c'est plus encore lorsqu'on songe à l'essor et à la prodigieuse puis-

---

(79) V. *suprà*, n° 48.

(80) Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome I, n° 349, p. 229. Cette théorie puise directement ses origines dans le *Droit Canonique*. En effet, le Droit Canonique s'est toujours montré très rigoureux à cet égard, et ceci non seulement pour les époux, mais avant tout, pour les enfants nés après la cessation matérielle de la bonne foi en faisant peser sur eux la déchéance de l'illégitimité. « ... *filii illorum nati vel concepti ante certam scientiam ex toto legictimi sunt* », dit Huguccio de Pise, dans la *Summa super Decretum* (Cau. 35, qu. 7) après avoir dit : « *quod autem dico in primo casu filios de tali copula esse legictimos intelligo quo usque sunt in tali scientia vel credulitate ; sed ex quo uterque vel alter scit vel credit contrarium scilicet eum vivere quicquam postea ab eis generabuntur illegictimi erunt* » (Cau. 34, qu. 1-2). (Cpr. Galgano, *Riv. de Dir. civ.*, 1921, p. 473.) Parmi les canonistes *recentiores*, nous trouvons cette même idée. « *Ignorantia impedimenti dirimentis matrimonium ad legitimandam prolem non sufficit, si adsit tempore contractus matrimonii, sed requiritur ut subsit tempore susceptionis, sive conceptionis prolis, vel nativitatis. Unde si ambo parentes, vel alter eorum, tempore conceptionis filii, ignorabant, impedimentum, filius nascitur legitimus, quia bona fides attenditur tempore conceptionis filii ; nam is qui est in utero, pro nato habetur quando agitur de commodo ipsius.* » Pirhing, *Ius canonicum*, Venetiis, 1759, lib. IV, tit. XVII, § 2, n° 13, p. 89. « ... *requiritur ut ea fides bona permanserit saltem tempore conceptionis. Quare licet bona fide contractum fuerit matrimonium, si tamen ante tempus conceptionis filii bona fides defuit, tunc suscepti filii non sunt legitimi.* » Pontius, *Tractatus de Sacram. matr.*, Venetiis, 1756, lib. XI, cap. VIII, n° 3, p. 481. Adde. Reiffenstuel, *Ius canonicum universum*, Romae, 1833, lib. IV, Decret., tit. XVII, § 1, n° 5, p. 122 ; Schmalzgrueber, *Ius eccles, univers.*, Romae, 1845, tome IV, par. IV, tit. XVII, n° 11, p. 317.

(81) V. *suprà*, 61-67, et *infrà*, 197 ss.

sance dont est douée l'institution dans le Droit contemporain, qu'une semblable opinion devient inacceptable. La légitimité, ainsi que la légitimation, sont loin d'être actuellement, comme elles étaient à l'origine, les seuls effets les plus importants du mariage putatif (82). Devant la multiplicité et la variété des effets que le mariage putatif engendre, on sent le besoin de les rattacher à une cause unique, et d'apprécier les circonstances exigées par la loi à un moment précis et le même pour tous. Or, aucun instant n'est mieux choisi pour saisir la bonne foi chez les époux que celui où ils accomplissent l'acte générateur des conséquences juridiques. Par contre, nous ne cachons pas notre surprise de voir invoquer le moment de la conception de l'enfant, de même que nous n'admettrions pas que l'on prenne en considération l'état d'esprit des époux, lors de la passation d'un contrat avec une tierce personne. L'on se rend bien compte que l'on est contraint de rattacher tous ces actes à l'état d'âme originaire des époux, lors de la célébration du mariage. On touche aussi du doigt les faiblesses de la thèse, d'ailleurs repoussées par la majorité des auteurs, qui exigent la bonne foi lors de la célébration du mariage, fondant leur doctrine sur des arguments qu'il nous faut passer au crible.

157. — L'art. 550, 1er al. C.C., exige une bonne foi caractérisée par l'ignorance *permanente* des vices et la bonne foi cesse dès que ces vices viennent à la connaissance du possesseur (*idem* art. 2e al.). L'art. 2269, au contraire, dans une matière plus importante, n'exige la bonne foi qu'au moment de l'acquisition. Lequel de ces deux textes doit-on choisir, pour en appliquer le principe au mariage putatif ? Il est évident que la doctrine, en décidant que c'est seulement au moment de la célébration que le magistrat doit rechercher l'existence de la bonne foi, semble avoir choisi le dernier de ces textes. Nous devons avouer que nous sommes loin d'être convaincus du bien fondé de ce rapprochement entre deux textes concernant deux institutions d'ordre différent. D'ailleurs, il faut le dire, la majorité de la doctrine se contente d'effectuer pratiquement ce rattachement sans vouloir pousser trop loin l'analogie des situations. Mais il n'empêche qu'en appliquant à notre matière, une règle édictée dans celle de la possession, où la bonne foi n'est pas une condition primordiale et unique, la doctrine se met en contradiction avec elle-même, puisque, comme nous l'avons

(82) V. *suprà*, n° 12 et ss.

signalé, elle réduit à la seule bonne foi, les conditions posées par le Code dans l'art. 201 (83). Or, s'il en était ainsi, il est évident que c'est plutôt la règle édictée dans l'art. 550 qui devrait être appliquée à notre institution. La bonne foi devrait être présente à tous les instants pour servir efficacement aux époux. Condition indispensable et condition unique, rien ne pourrait être créé en dehors d'elle et rien ne pourrait être maintenu si elle disparaissait. A moins de supposer que, par une fiction ingénieuse, l'appréciation de la bonne foi opérée par le juge au moment de la célébration, crée une présomption de maintien ininterrompu de cette condition, ce qui est à coup sûr en contradiction manifeste avec la nature de la bonne foi, qui est d'être changeante et versatile comme tous les états de conscience. On a aussi argué qu'il en devait être ainsi, parce que, dans une matière moins importante, celle de la prescription par dix ou vingt ans, le Code l'avait expressément décidé (84). Mais il convient de ne pas perdre de vue que ce même argument est valable pour l'art. 550, donc il n'est d'aucune utilité dans la discussion puisqu'il n'est pas susceptible d'élucider quoi que ce soit.

158. — La seule lumière, à notre avis, est celle qui peut résulter de l'analyse de la bonne foi, dans notre matière et dans celles, qui sans être semblables sont néanmoins connexes, et où elle joue un rôle essentiel de premier ordre. Demandons-nous tout d'abord, quel rôle joue la bonne foi dans la putativité ? Sa nature se rapproche-t-elle plus de celle qui est exigée pour l'acquisition des fruits, ou au contraire, de celle qui conduit à la prescription ? Voilà, pour nous, le seul guide qui puisse, avec l'argument tiré de la rédaction de l'article 201, permettre de parvenir à la solution. On sait toute l'importance que le législateur a voulu donner à la bonne foi dans l'acquisition des fruits en faveur du simple possesseur. Elle est, en effet, la condition nécessaire et suffisante (85). Nécessaire dans ce sens que, sans elle, le possesseur n'acquiert pas les fruits, et que, lorsqu'elle se rencontre, il ne les gagne que dans la mesure où elle persiste : le jour où sa bonne foi disparaît, il cesse, par cela même, de faire les fruits siens (Art. 550, 2e al.).

(83) V. *suprà*, n° 86
(84) P. Gaudemet, Thèse citée, p. 83 et 84.
(85) Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 1408, p. 732 et 733.

Suffisante : lorsque la bonne foi existe, on se passe de toutes les autres conditions, elle supplée à tout, elle suffit à tout (86). Toute autre est la puissance que le législateur a entendu conférer à la bonne foi en matière de prescription abrégée, où elle cède la première place à d'autres conditions (87). En outre, dans la mesure où elle est exigée, elle est loin de jouir d'une autonomie, puisqu'elle est étroitement liée au juste titre et à la possession ininterrompue, auxquels elle ne saurait survivre. De la sorte, les auteurs se refusent à attribuer le bénéfice de la prescription abrégée au possesseur, lorsque la bonne foi de celui-ci ne repose que sur un titre putatif (88). Par contre, on admet parfaitement que si ces deux conditions persistent, la bonne foi peut cesser d'exister, sans que cette disparition ait aucune influence fâcheuse pour le possesseur. Il s'en suit que la possession est qualifiée par ses qualités originaires On applique, par conséquent, la maxime romaine « *Mala fides superveniens non nocet* ». Tout ceci est conforme au rôle que le Code a voulu assigner à la bonne foi en matière de prescription, rôle qui n'est pas de créer des effets, mais seulement de vaincre l'obstacle du temps, et de faire produire ces effets à une époque plus rapprochée que celle que requiert la prescription trentenaire. C'est précisément à cause d'elle, que *l'acquisition rapide du droit de propriété* apparaît bien autrement souhaitable et en même temps, digne de protection (89). Il n'en est autrement que dans les législations qui, conformément au Droit canonique et à la tradition coutumière, exigent que la bonne foi ait persisté au cours de tout le délai pour prescrire (Sic, Code Civ. féd. suisse, art. 661) (90).

Si nous faisons application du système du Code français que nous venons de rappeler, en matière de prescription, à l'institution du mariage putatif, et si, conformément à l'opinion dominante de la doctrine, nous pensons qu'elle est la seule et unique condi-

---

(86) V. cep. Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 1409, p. 733. Cpr. art. 138 et 962 C. c.

(87) V. Josserand, *op cit.*, tome I, n° 1759 ss., p. 909 ss.

(88) En ce sens : Laurent, *Principes*, tome XXXII, n° 400 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome II, 5e édit., § 218, p. 548 ; Guillouard, *Prescriptions*, tome II, nos 570-571 ; Bufnoir, *Propriété et Contrat*, p. 305 ss. ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Traité th. et pr. de Dr. civ.*, 4e éd., 1924, *De la Prescription*, nos 685 et 689, p. 529 ss. ; Piedelièvre, Thèse citée, p. 96, note 1, et p. 97.

(89) V. *Exposé des Motifs*, Fenet, *op. cit.*, tome XV, p. 591. Jaubert, Thèse citée, p. 287.

(90) Ce qui, selon l'opinion de certains auteurs, confère à la propriété, un caractère plus moral. V. Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 1766, 2, p. 913.

tion que les rédacteurs du Code ont eue en vue, nous devons décider que sa durée doit être ininterrompue et que si elle disparaît, aucun effet ne peut plus se produire, à partir de la date de sa disparition. Or, nous avons déjà vu que la majorité des auteurs n'accepte pas la première de ces conclusions, de même que la presque unanimité de la doctrine se refuse à faire cesser les effets civils du mariage, par le seul fait que la condition de la bonne foi vient à faire défaut. Si l'on s'accorde avec nous pour assigner à la bonne foi un rôle important, mais aussi pour refuser de la considérer comme la cause unique génératrice d'effets civils, la pratique de la jurisprudence et la thèse de la doctrine deviennent parfaitement logiques (91).

159. — Ceci dit, il nous est permis d'aborder la situation des époux et des enfants nés après la cessation de la condition de la bonne foi. La question qui se pose est celle de savoir si les conjoints continueront à bénéficier de la faveur de la loi inscrite dans les articles 201 et 202, bien que l'ignorance ait fait place chez eux à la connaissance de l'empêchement ou du vice de forme qui faisait obstacle à la validité de leur union. Ce premier point résolu, il faudra déterminer le sort des enfants survenus après cette cessation. Ce sont là de graves questions qui préoccupèrent les auteurs dès la promulgation du Code, mais qui semblent avoir trouvé aujourd'hui une solution définitive. Ce qui ne doit pas nous empêcher cependant d'examiner les divers aspects de la question tels qu'ils se dégagent des travaux des jurisconsultes français. Il y eut, parmi les premiers interprètes du Code, des auteurs qui opinaient que lorsque les époux étaient certains (par quelque moyen qu'ils en eussent pris connaissance) de l'empêchement ou du vice qui s'opposait à leur union, ils devaient immédiatement se quitter (92), dans tous les cas, sans exception, mais surtout dans les cas d'inceste ou de bigamie (93). Il va sans dire qu'une pareille théorie ne repose sur aucun fondement sérieux, mais uniquement sur une fausse interprétation par le Droit canonique des

(91) V. Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome I, n° 284 bis, V, p. 428-429 ; Marcadé, *op. cit.*, tome I, art. 201, n° 694.

(92) Delvincourt, *op. cit.*, tome I, p. 71, note 5 ; Duranton, *op. cit.*, tome II, n° 358 ; Toullier, *op. cit.*, tome I, n° 656 ; Proudhon, *op. cit.*, tome II, p. 5 et 6.

(93) Duranton, *op. cit.*, tome II, n° 362 ; Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, tome I, p. 321-322.

exigences de la morale. Cette théorie fut d'ailleurs écartée par la doctrine et ne fut jamais appliquée par la jurisprudence, pour des raisons qu'il est facile de comprendre.

C'est plus particulièrement lorsqu'on analyse le sort des enfants nés après la cessation de la bonne foi, dans l'esprit des parents, que l'on saisit toutes les absurdités et les inconséquences auxquelles cette doctrine, aujourd'hui périmée, aboutissait. Disons tout d'abord que, s'expliquant d'une façon purement schématique, ses partisans pensaient que les enfants nés hors de l'état de bonne foi de leurs parents, ne devaient plus être considérés comme légitimes. Cette règle, en apparence si conforme aux sains principes, inspirés de la logique et de l'équité, menait cependant les interprètes à des situations fort embarrassantes et à des résultats inattendus. Supposons que la bonne foi soit censée disparaître, après que des nouvelles certaines de l'existence du mari absent au moment de la célébration du mariage putatif, soient parvenues aux conjoints, et qu'ils continuent à cohabiter, sans se soucier des conséquences. Supposons, enfin, qu'une fois le jugement d'annulation intervenu, ils continuent toujours leurs relations extra-légales. Cette triple distinction faite, demandons-nous quelle sera la situation des enfants dont la naissance se place après le mariage de leurs parents ? Il est évident que les enfants nés après la célébration du mariage putatif, et avant la cessation de la bonne foi, bénéficient de la putativité et doivent être considérés comme enfants légitimes (94). Par contre, les enfants venus au monde après la disparition de la bonne foi de leurs parents, et avant la sentence déclarative de nullité, seront, selon cette théorie, déclarés adultérins, ou incestueux, ce qui constitue une première entorse au principe d'après lequel le mariage putatif produit ses effets de façon ininterrompue et uniforme, entre la célébration et le jugement d'annulation du mariage. Enfin, pour les enfants nés après la dissolution de l'union des parents, ils seront adultérins ou incestueux, selon que le premier conjoint absent est ou non vivant, ou que les prétendus conjoints sont ou non unis par les liens de la parenté ou de l'alliance. Pour compliquer le problème, certains auteurs, contrairement à notre opinion, pensent que le vice de bigamie ne se purge point, et que la nullité qui en résulte est perpétuelle.

---

(94) Toullier, *op. cit.*, tome I, 3e édit., p 544.

Quoi qu'il en soit, il est indéniable que l'on aboutit ainsi à introduire entre les enfants d'une même famille, une triple distinction que le législateur n'a voulu envisager nulle part dans le Code. Mais les anomalies dont souffre cette doctrine, se révèlent mieux encore, si l'on considère la légitimité, en faisant abstraction de l'institution du mariage putatif. En suivant le raisonnement de ces auteurs, on arrive à considérer comme légitimes des enfants nés lorsque l'un des conjoints était engagé dans les liens d'une précédente union, alors que ceux qui pourraient être plus facilement déclarés légitimes, pour être nés après la mort du conjoint gênant, sont irrémédiablement exclus de la légitimité.

Mais ce qui nous laisse perplexe, ce sont les contradictions où tombent certains de ces auteurs, lorsqu'ils refusent aux autres parties, notamment au Ministère Public et au conjoint bigame, le droit de demander l'annulation du deuxième mariage, après le retour du conjoint absent (95). Seul ce dernier serait maître de l'annulation, tout en pouvant obliger son ancien époux à reprendre la vie commune. Par un retour paradoxal des choses, c'est précisément, à ce moment, que les craintes injustifiées manifestées par ces auteurs, vont devenir des réalités. Ils arrivent, sous prétexte de contraindre la femme à procréer des enfants légitimes, à l'obliger à concevoir des enfants adultérins, et cela même si leur père n'est autre que le premier mari de leur mère. N'oublions pas, en effet, que tant que le mariage nul n'a pas été déclaré tel, par un jugement, il reste valable aux yeux de la loi, et penser autre chose, c'est se mettre en contradiction avec le Code. Toutes ces impasses, auxquelles aboutit la thèse de ces auteurs, doivent nous faire douter de son exactitude.

160. — Quant aux raisons juridiques qu'ils invoquent, elles ne sont guère plus convaincantes et plus logiques. On a voulu établir une distinction arbitraire entre les diverses causes de nullité pouvant entacher le mariage. S'agit-il de nullités pouvant être repoussées par une fin de non-recevoir, comme le défaut d'âge et le défaut de publications préalables à la célébration, les conjoints peuvent, selon cette théorie, rester unis, et le mariage produire tous ses effets, même après la cessation de la bonne foi (96). Mais

(95) Toullier, *op. cit.*, tome I, p. 410 ; Cpr. Duranton, *op. cit.*, tome II, n° 363. Contra : Josserand, *op. cit.*, n° 820, p. 427.
(96) Coste, Thèse citée, p. 67 ss.

si, au contraire, l'empêchement est d'une incontestable gravité, tels que la bigamie et l'inceste, ils doivent se quitter, pour ne pas ajouter au scandale d'une cohabitation monstreuse le scandale plus grand d'obtenir en justice une faveur dont ils se sont rendus indignes. Mais nous pensons qu'en appliquant cette distinction propre à la matière des nullités, on viole manifestement la loi qui n'a rien prévu de tel, et, en outre, l'institution du mariage putatif, qui, de par son caractère, est uniforme toutes les fois qu'elle entre en jeu. Allant plus loin, disons qu'à supposer, comme le font ces auteurs, qu'il existe une fin de non-recevoir, celle-ci peut être repoussée par le juge, et il ne restera que les fruits de la discorde entre les époux, qui auraient mieux fait de rester unis, sans l'intervention du juge (97). D'autre part, le succès de l'annulation pour cause de bigamie n'est pas certain, et la Cour de Cassation a décidé, dans des cas extraordinaires, il est vrai, qu'un tel mariage pouvait être dissous par le divorce (98).

161. — Si nous voulons approfondir le problème, ne perdons jamais de vue que, dans notre matière, matière essentiellement juridique, les époux ne sont pas maîtres de leur propre destinée. De même que pour créer des effets civils il leur a fallu, au début de leur mariage, accomplir un acte bien déterminé, pour que leur croyance soit prise en considération, à partir du jugement d'annulation, mais seulement à partir de ce moment, quelque croyance qu'ils peuvent avoir sur la validité de leur union, elle n'est plus jugée digne d'intérêt par le Code. A-t-on songé aux graves conséquences qu'aurait dans cette matière, un acte mensonger, inspirant aux époux une fausse croyance à un empêchement imaginaire ? Il est surprenant que les auteurs ne se soient pas posé ce problème, d'autant plus que l'erreur commise par les époux, à l'origine de leur union, et qui leur a fait croire à la validité de leur mariage, aurait dû révéler à ces auteurs que les moyens d'investigation dont disposent les particuliers sont manifestement insuffisants. Les époux se sont déjà trompés une fois en croyant qu'ils avaient contracté une union régulière, alors que celle-ci était nulle et viciée, ils peuvent aussi se tromper, en la croyant inefficace, sur la foi des faux bruits répandus par leur entourage.

---

(97) V. Allemand, *op. cit.*, tome I, n° 616.
(98) Cass. req., 7 mars 1932, D. H. 1932, 2, 68.

Et même à supposer qu'elle soit, en réalité, irrégulière, seul le juge possède la science, l'autorité et les moyens d'investigation suffisants pour parvenir à la vérité.

162. — Quant aux raisonnements qui se prévalent d'une exigence prétendue de la morale imposant la séparation des conjoints qui ont eu connaissance de l'obstacle, avant toute intervention du magistrat, ils sont, il faut le dire, assez surprenants. Que les époux, qui ont eu le malheur de contracter un mariage nul soient contraints de dévoiler eux-mêmes leur propre turpitude, c'est trop exiger d'eux. Sans doute, au moment de la sentence du juge, la société connaîtra les tares de leur passé conjugal, mais ce sera un passé digne d'estime et rehaussé par l'autorité de la loi, qui viendra leur conférer, en leur attribuant le bénéfice des articles 201 et 202 du C. C., la récompense de leur ignorance. Ce qu'il y avait de scandaleux dans leur conduite, n'est plus, après la déclaration de la putativité, qu'un honneur et une juste satisfaction, puisque d'autres, à leur place, n'auraient peut-être pas agi avec les mêmes bonnes intentions qu'eux.

163. — Ainsi, c'est en considération de toutes ces raisons, que nous pensons que la seule solution rationnelle et juridique est celle-ci : *l'unique moment où la bonne foi doit être exigée est celui de la célébration du mariage.* De plus, une fois que la bonne foi a été aperçue, *elle n'est pas censée continuer,* comme on a pu le dire à tort, *jusqu'à la sentence du magistrat,* mais disons plus simplement, *qu'exigée à un moment déterminé, elle ne doit pas l'être à un autre.* C'est pour cette raison que nous n'avons pas à nous poser la question de savoir, *si malgré la demande en justice en vue de l'annulation du mariage, la bonne foi cesse d'exister, ou au contraire, si elle cède la place à la mauvaise foi* (99). On

(99) Nous croyons indispensable de faire connaître sur ce point la pensée canoniste, telle qu'elle nous a été transmise par les plus anciens auteurs du Droit Canonique. Tous les canonistes sont unanimes pour décider que la *litis contestatio* n'exclut pas la *bona fides.* Cpr. Hertius, Barbosa, Bottiliero, Tellez, cités par Galgano, *op. cit.*, dans la *Riv. di Dir. civ.*, 1921, p. 484 ss. *Adde:* Pontius, *De sacramento matrimonii tractatus,* Venetiis, 1756, lib. XI, cap. VIII, nº 6, p. 482 ; Reiffenstuel, *Jus can. univ.* lib. IV, tit. XVII, § 1, nº 9, p. 123 ; Schmalzgrueber, *Jus eccles. univ.*, lib. IV, pars. IV, tit. XVII, nº 13, p. 318 et les auteurs cités par lui. Soulignons, d'ailleurs, le fait que les canonistes ne semblent pas avoir abouti à ce résultat libéral qu'en faisant une distinction entre le régime propre aux causes matrimoniales et celui en

sait, qu'en matière de possession, l'opinion dominante semble être dans ce dernier sens, car on décide que le possesseur est censé être de mauvaise foi, à partir de l'action en revendication intentée par le propriétaire (100). S'il fallait émettre une opinion, nous dirions qu'en matière de possession, comme en matière de mariage putatif, la solution contraire nous semble, à maints égards, plus rationnelle et plus juridique (101).

Pour résumer nos arguments, disons que du moment que la bonne foi a existé au moment de la célébration, les effets produits par le mariage putatif se manifestent en dehors de toute croyance ultérieure des époux. D'autre part, les parents aussi bien que les enfants, bénéficient de l'ombre protectrice de la bonne foi, tant que la nullité du mariage n'a pas fait l'objet d'un jugement passé en force de chose jugée. Si les époux ont cru pouvoir agir dans l'intervalle, à l'encontre de l'esprit de la loi, par exemple, en interrompant leur cohabitation, afin que l'époux bigame puisse aller retrouver son ancien conjoint, ils se mettent en opposition avec les termes des articles 201 et 202, qui ne leur confèrent pas ce droit. Par ailleurs, qu'ils ne craignent pas pour le sort de leurs enfants, nés après la découverte de l'empêchement qui faisait obstacle à l'union, ou du vice infectant la célébration ; ces enfants sont sous l'influence du consentement au mariage. Le voile du mariage, dont parlait jadis Portalis, les protège jusqu'au moment où le magistrat le soulévera, lors de la sentence définitive, en

---

vigueur en matière d'*haereditatis petitio* et de possession. V. Galgano, *op.* et *loc. cit.* ; Pio Fedele, *L'essenza della buona fede...*, p. 12 et 13. Les canonistes pour expliquer l'exception au principe que la *litis contestatio* détruit en matière de possession la *bona fides*, font appel en matière matrimoniale, à l'idée que l'Eglise permet le commerce charnel entre les époux pendant l'instance de nullité du mariage. « *Cuius ratio est, quia sunt in quasi possessione matrimonii; lite enim pendente non suspenditur matrimonialis cohabitatio... Si ergo pendente lite matrimonii usus minime interdictus est, non debet ex eo, quod legitime factum est, nulla poena sequi.* » Pontius, *op.* et *loc. cit.* La simple connaissance que les époux ou l'un d'eux avaient pu acquérir de l'existence d'un empêchement dirimant, après la célébration ne suffisait pas à détruire la bonne foi de ceux ou de celui qui jusqu'à la veille avaient été « *ignorans* ». Ce qui reviendrait à dire, d'après l'interprétation proposée par certains canonistes contemporains, que la *mala fides* ne consistait pas en Droit Canonique en la simple connaissance des empêchements, mais revêtait plutôt le caractère d'un *periculum animae*, c'est-à-dire, d'un état de conscience très voisin de l'état de péché. Telle serait la situation des époux pendant l'instance de nullité de leur mariage selon le Droit Canonique. V. Pio Fedele, *op.* et *loc. cit.*

(100) Cass. Civ., 11 janv. 1887, D. P. 1888, 5, 268, S. 1887, 1, 225; 21 déc. 1903, D. P. 1908, 1, 377, S. 1909, 1, 324.

(101) V. pour la possession, dans ce sens : Colin et Capitant, *op. cit.*, tome I, p. 932; Gorphe, thèse citée, p. 27 et 28. *Pour le mariage putatif, v. suprà*, n° 48.

laissant entrevoir la réalité des choses (102). En définitive, nous sommes d'accord avec la majorité de la doctrine, pour penser que le législateur n'a exigé la condition de la bonne foi qu'au seul moment de la célébration, mais nous nous séparons de l'opinion des auteurs, en ce que nous attribuons ce résultat au fait que la bonne foi persistante n'est d'aucune importance dans le maintien des effets civils attribués aux conjoints putatifs.

§ IV. — *Pouvoir d'appréciation du juge. Comment il peut former son opinion*

164. — C'est au juge qu'il appartient d'apprécier en toute liberté la condition de bonne foi chez les époux. La faveur, que la loi confère à ces derniers dans les articles 201 et 202, est trop importante, pour que les particuliers en décident. Il serait d'ailleurs extrêmement bizarre que ceux qui ont commis une infraction à la loi, soient leurs propres justiciers. En dehors de cette considération d'ordre général, le juge possède, en notre matière, un pouvoir souverain d'appréciation, que les auteurs et la jurisprudence sont unanimes à lui reconnaître (103). D'une façon générale, nous pouvons poser la règle que l'appréciation de l'erreur de fait et de droit est confiée par la loi aux lumières et à la conscience des juges du fond (104).

---

(102) V. *dans le même sens :* Vazeille, *op. cit.*, tome I, n° 283; Allemand, *op. cit.*, tome I, n°s 616-617; Duranton, *op. cit.*, tome II, n°s 360 et 363; A. Valette, *op. cit.*, tome I, p. 305; Laurent, *Cours*, tome I, n° 183; Solon, *Théorie de la nullité*, tome II, n° 197; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, p. 50, texte et note II; Bartin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, p. 68, texte et note II; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des personnes*, n°s 1903 et 1912; Rouast dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 319; Arthaud, thèse citée, p. 228; Dalloz aîné, *Répert.*, V. *Mariage*, n° 594. Trib. Civ. de la Seine, 25 nov. 1936, G. P. 1937, 1, 273. Contra : Taulier, *op. cit.*, tome I, p. 321-322. Cpr. Allemand, *op. cit.*, tome I, n° 626;Toullier, *op. cit.*, tome I (art. 189), n° 656. Chambéry, 15 juin 1869, D. P. 1869, 2, 188.

(103) Allemand, *op. cit.*, tome I, n°s 607 et 608; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *op. cit.*, n° 349; Huc, *op. cit.*, tome II, n°s 160; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1899; Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, n° 1099; Gaudemet, thèse citée, p. 79; Millet, thèse citée, p. 302; Piedelièvre, thèse citée, p. 202; note Pierre Roux, Rec. Gaz. des Trib., 1929, 2e sem., II, p. 302; note Labbé et conclusions de l'av. gén. Desjardins, S. 1890, I, p. 145; note S. G. V., dans la Nouv. Rev. de Dr. intern. priv., 1934, p. 366 ss.; Paris, 18 déc. 1837, D. P. 1838, 2, 129; Lyon, 24 févr. 1881, D. P. 1881, 2, 199; Cass. Civ., 25 mars 1889, D. P. 1890, 1, 227, S. 1890, 1, 145; Cass. Civ., 30 juillet 1900, S. 1902, 1, 225, note A. Walh; Nîmes, 17 juin 1929, S. 1929, 2, 129, note Solus; Cass. Req. rej., 14 mars 1933, S. 1934, 1, 161.

(104) V. *suprà*, n° 150.

165. — Cependant, ce principe mérite certaines explications pour faciliter la solution de quelques problèmes qui peuvent se présenter dans la pratique. Ce pouvoir souverain n'appartient qu'aux juges du fond, la Cour de Cassation ne saurait porter aucune appréciation sur les considérations qui ont motivé la reconnaissance ou le refus de la bonne foi par les Tribunaux inférieurs. La raison en est, à notre avis, que le législateur a passé sous silence ce que l'on doit entendre, du point de vue du droit, par le terme « bonne foi », dont il s'est servi dans les articles 201 et 202 du C. C. La question s'est posée de savoir s'il a visé une simple *bona fides naturalis,* ou au contraire, une *bona fides civilis.* Cette dernière se rencontre, par exemple, dans l'hypothèse de l'art. 550 C. C. En effet, le Code ne se contente pas dans ce texte, d'exiger la bonne foi, pour que le possesseur fasse les fruits siens (art. 549), mais il en donne la définition. Or, nous pensons que, dans ce cas, tout en reconnaissant aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation des faits (105), la Cour de Cassation s'est cependant réservée un pouvoir de contrôle, notamment lorsque les premiers juges se sont inspirés de données matérielles ne cadrant nullement avec les concepts d'ignorance (art. 550, al. 1) et de connaissance (art. 550, al. 2). Or, il n'en peut être de même dans la matière du mariage putatif. Les auteurs du Code de 1804 se sont abstenus de donner une définition juridique de ce que l'on doit entendre par le concept de *bonne foi.* De là résulte, forcément, une plus grande liberté d'appréciation. Le juge, qui n'est pas lié par des formules juridiques, jugera, en quelque sorte, *ex æquo et bono* (106). D'autre part, il existe une deuxième raison pour écarter, en notre matière, le contrôle de la Cour Suprême ; c'est que, comme nous l'avons déjà fait observer, la bonne foi, qu'elle porte sur une erreur de fait ou de droit, se résout toujours en une question de fait. Elle n'est jamais appréciée *in abstracto,* mais toujours *in concreto* (107). Or, nous savons que la compétence de la Cour de Cassation se borne exclusivement à l'examen des questions de droit. Cette dernière observation nous permettra de préciser les réserves qui s'imposent dans la matière du mariage putatif.

---

(105) Civ. Cass., 20 mai 1829, Dalloz, *Répert.*, V. *Propriété*, n° 335; Req., 25 mars 1840, *eod.*, *Répert.*, *eod. verb.*, n° 339 ; *Cassation*, 1718, 18° ; *Succession*, n° 681.
(106) Cpr. Gaudemet, thèse citée, p. 79.
(107) Rouast dans Planiol et Ripert. *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 317, p. 249.

Grâce à l'étude que nous avons faite, des conditions exigées par le Code, dans les articles 201 et 202, nous sommes en mesure de comprendre qu'il n'est pas seulement question, dans ces articles, d'un élément subjectif, supposant l'appréciation de la mentalité des individus (la bonne foi), mais encore d'autres éléments juridiques, tels le jugement déclarant la nullité du mariage et le consentement réciproque de s'épouser. Nous inclinons, dès lors, à penser que la Cour Suprême conserve sur ces deux dernières questions, son pouvoir régulateur, et que, le cas échéant, elle pourrait casser l'arrêt qui, contre l'esprit des textes, aurait conféré les effets civils à une union dépourvue de toute trace de consentement Sans doute, en parlant de cette condition, nous avons dit qu'elle consistait dans l'existence d'un fait matériel ou de droit. Mais ne perdons pas de vue la discrimination que nous avons opérée dans ce fait matériel ; nous avons dit que ce fait s'analyse, d'une part, dans un simple fait physique extérieur qui, à maints égards rappelle, ou peut rappeler, la célébration d'un mariage valable, d'autre part, dans le consentement au mariage qui tombe, comme concept juridique (108), sous l'emprise de la Cour de Cassation. De même, la Cour Suprême conserve toujours le pouvoir de rendre inefficace la bonne foi, en la privant de son soutien, qui est la sentence d'annulation du mariage. Si la Cour de Cassation refuse d'admettre l'annulation du mariage et accepte, par conséquent, sa validation, les conséquences, quant à la question de la bonne foi, sont inéluctablement tracées d'avance : elle est anéantie à jamais, sans que la Cour puisse diviser ces deux parties du jugement (109). Quant à la Cour de renvoi, nous pensons qu'elle doit aussi accepter ou rejeter en entier la décision des premiers juges, à moins, évidemment, qu'elle ne porte une nouvelle appréciation sur les faits.

166. — Mais la Cour de Cassation possède, dans la matière du mariage putatif, un pouvoir souverain sur l'ensemble de l'institution, en vertu de celui qui lui a été conféré sur toutes les questions de droit, par les lois du 27 novembre et 1er décembre 1790. Si elle ne peut contrôler les faits et si, à cet égard, elle est liée par l'appréciation de la bonne ou de la mauvaise foi, faite par les Tri-

(108) V. notamment, art. 146, 1109 et ss.

(109) V. Bartin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, § 461, note 26, p. 78-79. *Contra* : Cass. civ., 25 mars 1889, S., 1890, 1, 145, et les conclus. en sens contraire de l'av. gén. Desjardins.

bunaux, elle peut néanmoins admettre le pourvoi et casser l'arrêt, pour la contradiction qui pourrait exister entre les divers motifs concernant la bonne ou la mauvaise foi des époux (110). En envisageant la question d'un point de vue plus général, et en résumant les réserves que nous avons faites jusqu'ici, nous pensons que le pouvoir du juge du fond est souverain à condition de ne pas dénaturer la notion du mariage putatif qui demeure sous le contrôle de la Cour de Cassation. Le juge ne pourrait notamment substituer à la célébration, telle que nous l'avons définie, c'est-à-dire au consentement au mariage, l'union de fait ou, ce qui revient au même, dans le sujet qui nous occupe, le simple consentement au concubinage (111) sans encourir la cassation.

1° Eléments matériels sur lesquels peut porter l'appréciation de la bonne foi

167. — Tout ce que nous pouvons dire ici n'a rien de limitatif. Le pouvoir discriminateur du juge ne connaît ni barrières ni bornes. Nous pouvons cependant énumérer certains faits auxquels la jurisprudence semble attacher une grande importance, pour reconnaître la condition de la bonne foi.

Ce sont, tout d'abord, les circonstances relatives à la condition des époux, âge, sexe, qui doivent être prises en considération (112). Voici comment s'exprime le Tribunal de Tizi-Ouzou, dans un jugement du 20 juin 1878 : « Attendu que la bonne foi de la dame Aïcha ne saurait faire l'objet d'un doute pour le Tribunal ; qu'il est certain, en effet, que son jeune âge, ainsi que la vie retirée que lui imposaient sa condition sociale et les mœurs de la nation à laquelle elle appartient, ne lui ont pas permis de connaître, à l'époque de son mariage, le changement survenu dans le statut personnel de son époux (devenu Français par naturalisation), et qu'elle avait été victime d'une erreur d'autant plus excusable qu'elle n'avait aucun moyen de s'en garantir » (113). Ces mêmes arguments avaient été invoqués auparavant par un jugement du

(110) Note signée S. G. V., *Nouv. Rev. de Dr. intern. priv.*, 1934, p. 366 ss., sous Cass. req., 14 mars 1933.
(111) V. note Pierre Roux, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1930, 2e *sem.*, II, p. 302.
(112) Allemand, *op. cit.*, tome I, nos 607-608.
(113) V. ce jugement sous Alger, 26 mai 1879, D. P. 1880, 2, 161.

Tribunal Civil de la Seine, en date du 24 août 1819 (114) : « *Attendu... qu'au surplus, si cette fiction si rigoureuse* (nul n'est censé ignorer...), *pouvait s'appliquer à une jeune fille de seize ans, qui contracte mariage sous les auspices de ses parents et des autorités les plus respectables, ce ne pourrait être que parce qu'une Française, comme un Français, n'est pas censé ignorer la loi de son pays ; — Mais que la fiction ne pourrait envelopper un étranger contractant en France, selon les lois de son pays, en présence des autorités de son pays...* » En s'attachent plus particulièrement à la condition modeste des époux, le Tribunal de la Seine porte dans un jugement plus récent : « *Attendu que la demoiselle Tallon soutient, qu'en appartenant à un des milieux des plus modestes, fille de cultivateurs du département du Cher, employée comme caissière dans un établissement de pâtisserie, elle pouvait vraisemblablement penser que son union, qui ne pouvait être célébrée à Paris... en raison de l'opposition manifestée par les parents de Lévy, d'une classe sociale supérieure à la sienne, pouvait être valablement célébrée en Angleterre...* » (115).

168. — Le défaut de publications, en dehors des explications que nous avons précédemment données, peut être considéré comme une base à la bonne foi, tout au moins si les parties n'en sont pas responsables, et s'il peut être imputé à ceux sous la puissance desquels elles se trouvaient (116). D'autre part, et quoique certains auteurs aient pu penser, il faut bien convenir que la simple négligence et même la précipitation que les époux ont pu manifester en s'épousant ne doivent pas créer à leur encontre une présomption de mauvaise foi qui les prive des effets civils du mariage. La bonne foi peut donc être admise dans ces hypothèses, si d'autres circonstances particulières se joignent à elle (117). Au surplus, toute hésitation ou doute que l'on aperçoit

---

(114) Confirmé par Paris, 18 déc. 1837, D. P. 1838, 2, 177 et par Req., 11 août 1841, D. P. 1841, 1, 330. Adde : Cass. Civ., 5 janv. 1910, D. P. 1911, 1, 338.

(115) Trib. Civ. de la Seine, 10 janv. 1910, confirmé par Paris, 12 nov. 1913, G. P. 1914, 1, 107. *Adde* : Trib. Civ. de Bruxelles, 15 déc. 1886, Pand. fr., 1887, 5, 9. V. cep. Trib. civ. de la Seine, 15 mars 1932, D. P. 1934, 2, 75 et *suprà*, n° 132.

(116) Duranton, *op. cit.*, tome II, n° 349; Dalloz aîné, *Répert.*, *Jur. gén.*, V. *Mariage*, n° 587; Fuzier-Hermann et Demogue, *Code Civil annoté*, art. 201, n° 44. V. *suprà*, n° 141 ss.

(117) Cass. Civ., 21 mai 1810, 1, 325, Dalloz aîné, *Répert.*, *Jur. gén.*, *eod. verb.*, n° 584.

dans la conduite des conjoints, antérieurement au mariage, sont toujours interprétés dans le sens de la bonne foi (118). Telle est l'opinion exprimée à ce sujet par M. le substitut Frémicourt, lors d'une affaire qui eut, il y a peu d'années, un écho retentissant : « Elle (la femme) peut justement ignorer la loi française qui n'est pas la sienne. Elle peut encore ignorer davantage, elle qui n'est pas juriste, les règles du statut personnel ; il y a donc là une loi qu'elle ne peut connaître, et que rien, dans tous les cas, ne vient démontrer qu'elle ait connue. »

169. — Il est fort utile d'observer qu'*il est sans importance que les époux aient pu connaître l'empêchement, à une époque antérieure à leur mariage, s'ils ont pu avoir, par la suite, des raisons de le croire disparu.* C'est ce qui s'est produit dans l'affaire Degas, jugée par la 1re Chambre de la Cour de Paris le 31 déc. 1925 (119). D'après cet arrêt, deux époux ayant contracté un mariage qu'ils savaient nul, puisqu'ils étaient l'un et l'autre dans les liens d'un précédent mariage, et qui, à la suite d'un double divorce, ont contracté ensemble une nouvelle union dans des conditions qu'ils ont pu croire régulières, doivent être considérés comme ayant agi de bonne foi ; il importe peu qu'ils se soient l'un et l'autre présentés comme veufs, alors qu'ils étaient divorcés, s'ils ont pu le faire pour des raisons excluant la mauvaise foi. Plus loin, dans ses motifs, l'arrêt s'exprime ainsi qu'il suit sur la bonne foi du mari : « *Mais considérant que René Degas avait quitté son pays d'origine depuis* 1868, *qu'après un séjour de onze années aux Etats-Unis, il lui était permis de penser que son mariage avec une Américaine se trouvait régi soit par la loi du lieu où il était célébré, soit par la loi de son domicile qui était en même temps la loi personnelle de son conjoint, que la législation de l'Etat de New-York* (lieu de célébration de leur deuxième mariage), *comme le Code Napoléon qui était en vigueur à la Louisiane, admettaient le divorce... que bien d'autres raisons peuvent d'ailleurs expliquer la dissimulation du divorce, telles le désir de ne point révéler le passé à l'enfant dont America Durive* (la femme) *était enceinte au moment du mariage, ou encore la préoccupation d'en obtenir la*

(118) Concl. de M. le substitut Frémicourt, aff. Dégas, G. des Trib., 29 mai 1924.
(119) G. P. 1926, 1, 468. *Adde :* Trib. Civ. de la Seine, 6 février 1924, D. H. 1926, 58, Gaz. des Trib., *loc. cit.*, Cass. Civ., 8 janv. 1930, S. 1930, 1, 257, note Gény. V. aussi les observations de M. A. Besson, Semaine Juridique, 1930, p. 350.

bénédiction religieuse. Considérant que la bonne foi des époux apparaît enfin de ce fait qu'ayant contracté à Cleveland un premier mariage qu'ils savaient certainement nul, ils se sont, aussitôt après le divorce, présentés devant l'autorité compétente de New-York pour y contracter un nouveau mariage dans des conditions qu'ils ont pu croire régulières... »

Poursuivant notre étude, en examinant de plus près les divers indices relatifs à l'époque antérieure à la célébration, qui doivent permettre au juge de se faire une opinion sur l'état d'esprit des conjoints, nous n'hésitons pas, quoi qu'elle soit assez longue, à reproduire une décision presque en entier, tant elle contient d'enseignements précis à ce sujet. « *Attendu,* dit le Tribunal de la Seine, *...que, dans les circonstances de la cause, et pour apprécier le moyen dont excipe Victoria Dunsday, il importe de rechercher en premier lieu si elle a connu le mariage de Paul Lhérie avec la demanderesse, antérieurement à celui qu'elle a elle-même contracté à Kotoz-Svar, et, en second lieu, si, l'ayant connu, elle a dû croire qu'il avait été régulièrement dissous par les sentences... des tribunaux de l'église réformée de Transylvanie. — Attendu, sur le premier point, que Paul Lhérie et Victoria Dunsday paraissent s'être rencontrés vers* 1875, *chez le professeur Lamperti, qui donnait à l'un et à l'autre des leçons de chant, d'abord à Milan, puis au bord du lac de Côme, pendant la saison d'été ; que, dès cette époque, le premier mariage de Paul Lévy (dit Lhérie) était connu de tous, tant à Milan qu'au lac de Côme, spécialement des époux Lamperti ; qu'enfin ces derniers, ayant remarqué les assiduités de Paul Lévy auprès de Victoria Dunsday, avaient fréquemment engagé la jeune fille à interrompre des relations qui, sans être coupables, pouvaient entraîner pour elle les conséquences les plus fâcheuses, puisque Paul Lévy était marié, et qu'elle n'avait aucun espoir de l'épouser dans l'avenir. — Attendu, sur le deuxième point, qu'il n'est pas établi que des rapports intimes aient existé entre Victoria Dunsday* (sic) *antérieurement à leur mariage... Attendu que, dans de telles conditions, qui rendent sa bonne foi plus aisément admissible... il est facile de comprendre qu'elle n'ait pu être éclairée par avance sur la régularité de cette union, et spécialement sur la validité du divorce sans lequel la réalisation de leur projet était impossible ; que son erreur, et, par suite, sa bonne foi sont d'autant plus vraisemblables qu'elle appartient à la religion réformée, et que, non seulement le divorce avait été*

prononcé par une juridiction se rattachant étroitement à l'église réformée de Transylvanie, mais qu'en outre, le mariage a été célébré par un pasteur de la même église, que cette intervention du ministre de son culte était manifestement suffisante pour lui inspirer une entière confiance et pour calmer les appréhensions qu'aurait pu lui inspirer le précédent mariage de Paul Lévy » (120).

170. — Quant à l'examen des circonstances contemporaines à la célébration, elles n'appellent aucune explication autre que celle que nous avons donnée en parlant précédemment de la condition du consentement. Qu'il nous suffise de rappeler que le nombre des témoins ou la présence des parents à l'acte est de nature à créer une certaine présomption de bonne foi, en faveur des contractants (121).

171. — Il ne nous reste qu'à examiner les circonstances postérieures à la célébration, d'où le juge pourra déduire sa conviction. Elles ont trait à la conduite des conjoints à l'égard l'un de l'autre, ainsi qu'envers leurs enfants, conduite facilement contrôlable par des missives personnelles ou par d'autres moyens de preuve quelconques Voici quelques exemples tirés de la jurisprudence : « *...pour apprécier leur bonne foi, il faut tenir compte des circonstances suivantes... la conduite des époux, qui se sont bornés à ne déclarer qu'au même curé (qui célébra leur union), la naissance de leur premier enfant et qui, pendant les longues années de leur union et jusqu'à leur mort, se sont toujours considérés comme époux légitimes, et se sont comportés comme tels, tant l'un à l'égard de l'autre que vis-à-vis de leurs enfants* » (122).

La Cour d'Aix ne jugea pas autrement lorsqu'elle statua dans l'affaire Laugier, en confirmant un jugement du Tribunal de Forcalquier du 27 mars 1846 (123). « *Attendu,* déclare le tribunal, *que la bonne foi consiste en ce que l'officier de l'état civil ne peut pas connaître tous les degrés de parenté existant entre les habitants de sa commune, et que, par conséquent, il ne peut pas apprendre aux contractants le vice de leur union projetée, alors*

(120) Trib. Civ. de la Seine, 30 déc. 1887, D. P. 1890, 2, 88.
(121) Cass. Civ., 21 mai 1810, S. 1810, 1, 325, D. P. 1810, 1, 37. V. *suprà*, n° 82.
(122) Trib. Civ. de Bruxelles, 15 déc. 1886, Pand. fr., 1887, 5, 9. *Adde* : Cass. Civ., 21 mai 1810, *loc. cit.*
(123) Aix, 5 mars 1846, D. P. 1846, 2, 147.

surtout, comme dans l'espèce, que les contractants sont étrangers et ont habité pendant longtemps une autre commune... qu'avant leur union, comme après, aucun reproche ne leur a été adressé par le demandeur en nullité... » Sur la situation personnelle de ces mêmes personnes, nous trouvons, dans le jugement, les appréciations suivantes : « *Attendu que Laugier est un cultivateur simple, d'un âge mûr, puisqu'il a cinquante-huit ans ; que Rose Brieugne a des mœurs honnêtes, et qu'elle a trente-sept ans ; qu'il n'a pu y avoir entre eux un concert frauduleux pour faire sanctionner d'une façon subreptice par l'officier civil, une conduite criminelle qu'ils n'ont jamais tenue...* »

Ces faits, qui doivent inspirer au juge, dans la majorité des cas, l'impression que les époux ont été de bonne foi lors du mariage, ne sont nullement limitatifs, nous ne saurions trop insister sur ce point. Le juge formera son opinion d'après certains indices, auxquels il croit devoir s'arrêter. Son pouvoir d'appréciation est, dans le silence du Code, absolu et souverain.

2° Eléments de fait sur lesquels peut porter l'appréciation de la mauvaise foi

172. — De même que dans l'hypothèse précédente, il est impossible d'énumérer ici tous les cas qui peuvent se présenter devant les tribunaux. Quoi qu'il en soit, il ne faut jamais perdre de vue que, le plus souvent, les tribunaux se refusent à voir dans le fait d'une simple négligence, ou même dans le fait de la fraude à la loi française, une présomption irréfragable de mauvaise foi. Dans ces hypothèses, la mauvaise foi ne sera pas établie si d'autres circonstances contribuent à effacer la mauvaise impression produite par la conduite des époux et font découvrir, au contraire, un état d'esprit digne d'estime chez les contractants. Par contre, dès qu'ils ont connu leur état irrégulier, lors de la célébration de leur mariage, et plus exactement le vice qui entachait leur union, ils doivent être considérés comme étant de mauvaise foi. Nous citerons un exemple typique à cet égard (124). La dame Camus, de nationalité française, avait épousé le sieur Luiz da Silva Riveiro, Brésilien, alors que ce dernier était encore engagé dans les liens d'une précédente union avec la dame

(124) Trib. Civ. de la Seine, 28 juin 1913, G. P. 1913, 2, 638. Note, Clunet, 1916, p. 170.

Manuela Gaveau. Ce qui compliquait les choses, c'était que le sieur Riveiro avait réellement obtenu le divorce d'avec sa première femme, d'après la loi brésilienne. Mais il s'agissait du divorce par consentement mutuel, autorisé par l'art. 82 du décret du 24 janvier 1890, en vigueur à cette époque-là au Brésil, divorce qui n'était qu'une simple séparation de corps (125). Toute la question était de savoir si la dame Camus avait connu cette disposition particulière de la loi personnelle de son mari. Si l'on veut pénétrer les particularités de cette espèce, on s'aperçoit que, puisqu'il s'agit d'une erreur de droit commise par une Française et portant sur l'application d'une loi étrangère, la bonne foi devait être reconnue à la dame Camus, ainsi que nous l'avons dit en traitant ce sujet (126). Mais, en notre matière, aucune présomption n'est irréfragable et les magistrats conservent toute initiative pour poursuivre leur examen. C'est d'ailleurs ce que firent les juges dans cette espèce. « *Attendu,* disent-ils, *qu'il résulte des documents de la cause et de la correspondance, versée aux débats par le sieur Ribeiro (qui conteste la bonne foi de sa prétendue femme), que la dame Germaine Camus... ainsi que ses parents devaient être au courant de la situation de fait.* » «*Attendu, en effet, ...que Ribeiro avait fait traduire en français le jugement prononçant le divorce par consentement mutuel entre lui et la dame Manuela Gaveau, sa première femme, qu'une copie de cette traduction avait été remise à la famille Camus, qui a dû se renseigner sur le sens et la portée exacts des mots « divorcés »* (dans le Code Brésilien) ». « *Attendu que les lettres produites par Ribeiro ne laissent aucun doute sur la connaissance que la dame Germaine Camus et sa mère avaient, à l'époque du mariage, de l'irrégularité, dans laquelle se trouvait Ribeiro d'après la loi brésilienne.* » En fait, la dame Germaine écrivait de Rio, en 1911, « *ici, je ne suis aucunement mariée, par conséquent, libre de ma personne.* » La même dame écrivait à peu près à la même époque une lettre et, détail important, sous un faux nom, dans laquelle elle disait notamment : « *Je crois que ce Ribeiro est divorcé d'une première femme, à qui il a déjà rendu la vie insupportable.* » De son côté, la mère s'adressait à sa fille dans ces termes : « *Car Luiz*

(125) V. *Ann. de lég. étrang.*, 1891, lois de 1890, p. 924; Weiss, *Tr. théor. et part. de dr. intern. priv.*, 2e édit., tome III, p. 673; Laurent-Bailly, *Le divorce et la séparation de corps en France et à l'étranger*, p. 283. Souza Bandeira Filho, ou Clunet 1881, p. 344.

(126) V. *suprà* : n° 143.

(le mari de sa fille) *sait mieux que toi qu'il n'a aucun droit sur toi. Il sait parfaitement que des droits sur ta personne, il n'en a pas devant ton pays, et il se garderait bien de te toucher.* » De la sorte, les juges estimèrent qu'il fallait accorder à la dame Germaine Camus le bénéfice du mariage putatif.

Nous sommes d'avis que le juge peut former son opinion par toutes sortes de faits, qui lui donnent l'impression que les époux ont agi en connaissance de cause. Seulement, nous pensons que, tant que la conduite des époux ne se traduit pas par des actes concrets, les simples hésitations ou le doute intellectuel ne doivent pas être pris en considération. C'est qu'il est pratiquement impossible de déterminer, dans ce cas, l'état d'âme des individus par rapport à l'acte qu'ils accomplissent. Or, le législateur est très strict en cette matière, il n'a pris en considération que l'état de bonne ou de mauvaise foi. Les états intermédiaires, qui sont confinés dans l'intellect des individus, doivent échapper à l'appréciation du juge, dès l'instant que le Code les a négligés, en les passant sous silence.

§ 5. — *Charge de la preuve de la bonne foi*

173. — En traitant de la nature de la bonne foi, nous verrons dans le second volume de notre ouvrage, qu'elle peut s'analyser tantôt en une croyance en la validité de l'acte, tantôt en une ignorance des vices ou des défauts entachant l'union. Mais il est possible d'imaginer une bonne foi possédant une structure un peu différente, et caractérisée par la volonté de ne pas produire seulement des effets dérivant d'une simple union de fait. Qu'il nous soit permis d'anticiper quelque peu sur le développement de notre sujet, pour dire que cette dernière formule est, à notre avis, la seule qui soit suffisamment large pour atteindre la bonne foi, dans tous les cas où elle peut se rencontrer, si complexes et si malaisés à apprécier qu'ils fussent (127). Ces trois aspects de la bonne foi ont entre eux beaucoup de traits communs. Que l'on envisage la bonne foi, d'après l'une quelconque de ces formules, elle est dépourvue de toute existence physique ou extérieure, pour se réduire à un simple état d'esprit ou de conscience. Il s'ensuit

(127) Comme par exemple la situation de l'époux « coactus ».

une recrudescence de difficultés quand il ne s'agit pas seulement de la distinguer, mais encore de la démontrer et de la mettre en évidence devant les magistrats. Laquelle des parties en conflit, devra supporter *l'onus probandi ?* Est-ce l'époux, qui prétend mériter la faveur légale, qui devra être à même de montrer son propre état de conscience ? Ou, au contraire, est-ce à son adversaire à mettre en évidence devant le juge sa mauvaise foi ? Question lourde de conséquences, dont le Code semble avoir méconnu toute la portée, puisqu'il la passe sous silence, lorsqu'il traite la question du mariage putatif. Faute de directions dans les textes, il faut chercher ailleurs une solution. Les systèmes proposés ne sont pas dépourvus d'un certain sens logique, mais ne paraissent pas à l'abri de sérieuses objections.

Quatre critériums différents semblent admissibles dans cette matière : 1) On peut tout d'abord appliquer les solutions données par la loi, dans d'autres matières connexes ou analogues ; 2) On peut, d'autre part, résoudre le problème au moyen d'une discrimination fondée sur les diverses clauses de nullités du mariage, ou, plus exactement, sur la nature de l'erreur commise par les époux ; 3) On peut, de préférence, examiner la nature même du mariage putatif, et s'efforcer d'observer le rôle qu'il joue dans la science du droit et ses rapports avec les autres institutions ; 4) Enfin, il est possible de scruter plus particulièrement la nature juridique de la bonne foi, dans notre matière, pour en tirer des conséquences au point de vue de la charge de la preuve.

De ces quatre critériums, seuls les trois premiers ont retenu l'attention des auteurs, et, pourtant, nous sommes convaincus qu'il n'est pas possible de parvenir à la solution, si l'on ne tient pas compte, de ce que représente la bonne foi, au point de vue juridique, dans la matière du mariage putatif. A vrai dire, quelle que soit la notion de bonne foi, à laquelle on s'arrête, cette notion, faute d'avoir reçu la consécration officielle du législateur, ne pourra suffire à elle seule à déterminer l'incidence de la preuve. C'est pourquoi nous n'hésitons pas à écarter ce problème, au moins provisoirement.

1° Évolution de la doctrine et de la jurisprudence depuis la promulgation du Code jusqu'à nos jours

174. — Abordons l'étude de l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence à l'égard de la question de la charge de la preuve, depuis la rédaction du Code. La doctrine semble avoir manqué non seulement de cohésion, mais aussi de stabilité. Elle a, en réalité, changé trois fois d'avis, ce qui nous permettra d'établir une triple distinction, en passant successivement en revue les trois périodes de son développement : 1) Au lendemain de la promulgation du Code, les plus anciens interprètes admirent, sans difficulté apparente, une présomption de bonne foi en faveur des époux et les dispensèrent de toute preuve, à cet égard (128) ; 2) Cette largeur de vues subit une restriction importante du fait que les auteurs firent intervenir, en cette matière, la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. La plupart de ces auteurs étaient de ceux qui n'avaient voulu admettre le mariage putatif en cas d'erreur portant sur le fond et les formes de la loi, qu'en faisant peser sur les époux une certaine présomption de fraude, qu'ils devaient s'efforcer de combattre par tous les moyens (129) ; 3) Enfin, le droit plus récent paraît se fixer dans le sens de l'obligation imposée dans tous les cas, à l'époux qui veut bénéficier du mariage putatif, de démontrer sa bonne foi (130). Cependant une fraction importante de la doctrine contemporaine n'accepte pas cette position et elle s'est insurgée contre l'obligation imposée aux époux d'avoir à prouver la nature de leurs sentiments, alors

---

(128) Merlin, *Répert. de Jur.*, V. *Légitimité*, sect. I, § I, n° 8; Delvincourt, *Cours de Code Civil*, tome I, p. 75, note 5; Dalloz, *Répert., Jur. Gén.*, V. *Mariage*, n° 593; supp. *eod. verb.*, n° 323, 2°.

(129) Marcadé, *op. cit.*, art. 201, II, n° 695; Cf. *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone*, trad. it., Napoli, Parigi, 1872, vol. II, *Del Matrimonio*, n° 11, p. 390; Allemand, *op. cit.*, tome I, n°s 603-604. V. cep. n° 609; Zachariae, *op. cit.*, tome I, § 125, p. 200; Massé et Vergé sur Zachariae, *op. cit.*, tome I, § 125, p. 200, note 5; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, p. 49, texte et note 8; *idem*, 4e édit., tome V; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome I, n° 283 bis, IV; Demolombe, *op. cit.*, tome III, n° 359, p. 530-531; Bartin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, p. 67, note 8; Coste, thèse citée, p. 66-67; Gaultier, thèse citée, p. 138; Pochannet, *L'Erreur de fait et de droit*, Rev. crit., de lég. et de jur., 1856, tome IX, p. 201. Cpr. Solon, *op. cit.*, *tome* I, n° 200.

(130) Laurent, *Principes*, tome II, n° 506, pp. 640-641; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *op. cit*, tome I, n° 637, p. 519-520; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, tome III, *Des personnes*, n° 1901; Carteron, *Du Mariage putatif et des effets de la nullité en général*, thèse, p. 66; Piedelièvre, thèse citée, p. 200 (impl.); P. Gény, note au S., 1930, 1, 257 ; Lombard, av. gén. concl., G. des Trib., 26 nov. 1913. Cpr. Colin et Capitant, *op. cit*, tome I, p. 186.

que leurs actes sont, peut-être, plus éloquents, que tout discours (131).

175. — La jurisprudence de la Cour de Cassation semble avoir conservé une plus grande stabilité, car, après un siècle de silence, elle s'est décidée dans le même sens qu'au lendemain de la promulgation du Code : à savoir pour la présomption de bonne foi. Voici les circonstances qui donnèrent lieu à l'intervention de cette haute juridiction. La Cour de Paris, qui avait eu à résoudre la question antérieurement, avait changé d'avis dans les deux espèces qui lui avaient été soumises et ce revirement s'était opéré dans le court espace de vingt ans. Tout d'abord, dans l'affaire Dufay de Provenchère, à laquelle nous avons déjà fait allusion, elle accorda la putativité à la dame Dufay, en raison de ce que l'adversaire n'avait pas réussi à démontrer la mauvaise foi de la dite dame (132). Mais quelques années plus tard, lorsqu'il s'agissait de prouver la bonne foi de la femme qui avait épousé un prêtre, la Cour de Paris se départit de son ancienne position, pour conclure dans le sens de l'obligation pour la femme d'avancer les preuves de son ignorance. Ce fut le cas de l'affaire Jolliot, dont il convient de rappeler quelques particularités (133). Le sieur Martin avait été fait prêtre en 1791, mais il abandonna presque aussitôt cet état qui ne convenait guère à ses aptitudes. A la suite de signes d'aliénation mentale qu'il donna en 1815, sa famille demanda son interdiction. Dans l'intervalle entre la demande et le jugement déclarant son interdiction (30 juillet 1816), il avait épousé la dame Jolliot, le 22 février 1816. Il mourut la même année. Le Tribunal civil de la Seine, dans son jugement du 11 juillet 1817, se refusa à considérer ce mariage comme nul. Les appelants soutinrent, par l'intermédiaire de leur avocat (Me Jules Bonnet), que la Charte (art. 6) avait rétabli les anciens principes et que, par conséquent, le mariage d'un prêtre devait être consi-

---

(131) Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, 6e et 12e édit., n° 1099; Rouast dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 320, p. 250-251; Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 860, 6°, p. 446; Millet, thèse citée, p. 295; P. Binet, au D. P. 1914, 1, 281; Breton, *Des effets civils de la bonne foi*, Rev. crit. de lég. et de jur., 1926, texte et note 3, p. 92, note 3, p. 93.

(132) Paris, 9 fructidor, an XIII, S., tome V, p. 109; Dalloz, *Répert.*, *Jur. gén.*, V. *Mariage*, n° 582, 3.

(133) Paris, 18 mai 1818, S. 1819, 2, 182; Dalloz, *Répert.*, *Jur. gén.*, V. *Mariage*, n° 210, et *Culte*, n° 115.

déré comme contraire à la doctrine de l'Eglise et à la loi. Se référant plus particulièrement à la matière de la preuve, il soutint que, s'agissant d'une erreur de droit, la faute de la dame Jolliot ne saurait être mise en doute, alors surtout qu'elle avait agi avec précipitation et légèreté (134). De son côté, la dame Jolliot, par l'intermédiaire de Me Hennequin, soutenait la thèse opposée et invoquait la tolérance des cultes, la cessation de l'ancien état de choses et les exemples nombreux qui s'étaient produits à l'époque de la Révolution, et qui avaient pu lui faire croire que le mariage qu'elle contractait avec un prêtre était valable. Malgré ces arguments si judicieux, la Cour déclara ce mariage nul, tout en refusant à la dame Jolliot les effets du mariage putatif, sous prétexte qu'elle n'avait pas prouvé sa bonne foi.

Tels étaient les antécédents au moment où la Cour de Cassation eut à trancher pour la première fois, en 1819, la question de *l'onus probandi,* en matière de mariage putatif. Elle décida alors *que la bonne foi est présumée jusqu'à preuve du contraire* (135). On ne sait pas si la Cour eut conscience de la sagesse qui inspirait cette décision, mais son avis rallia la presque unanimité des Tribunaux et des Cours d'Appel (136). Il ne faut pas croire, cependant, que cette opinion a été accueillie par tous les Tribunaux, certains se refusent, encore aujourd'hui, à l'accepter *et font peser sur les époux la charge de la preuve* (137). C'est cette dernière opinion qu'avait adoptée la Cour de Rennes, dans son arrêt du 24 février 1910, cassé par la Cour de Cassation, qui n'avait pas eu à intervenir dans une matière de cette espèce, depuis son arrêt de 1819. Mais avant de pénétrer au fond de la question, disons que

---

(134) V. *suprà*, n° 168.

(135) Crim., 18 févr. 1819; Dalloz, *Répert., Jur. gén.*, V. *Bigamie*, n° 16, 2°; Merlin, *Répert.*, 5e édit., V. *Mariage*, sect. VI, § 2, art. 184, 4 quest.

(136) Douai, 15 nov. 1819, S. 1821, 2, 156; Paris, 15 janv. 1816, avec les concl. de l'av. gén. Vatismenil, et Req. rej., 14 juin 1827, D. P. 1827, 1, 172; Aix, 5 mai 1846, D. P. 1847, 2, 147; Trib. Civ. de Digne, 8 juillet 1856 et Aix, 11 mars 1858, S. 1859, 2, 17; Paris, 9 févr. 1860, S. 1860, 2, 66; Trib. Civ. Vienne, 28 déc. 1865, S. 1866, 2, 201; Lyon, 24 févr. 1881, D. P. 1881, 2, 199; Trib. Civ. de Bordeaux, 18 janv. 1882, Clunet, 1882, p. 539; Alger, 5 avril 1906, Rev. Alg., 1907, 2, 233, note E. Larcher, en sens contraire; *idem*, 17 nov. 1906, D. P. 1909, 2, 369, note Beauchet; Trib. Civ. de la Seine, 23 mars 1925, G. des Trib., 3 oct. 1925; Paris, 1re Ch., 31 déc. 1925, D. H. 1926, 58; Paris, 24 avril 1926, D. P. 1927, 2, 9, note Escarra; Trib. Civ. de la Seine, 17 nov. 1926, Journ. de Dr. intern. priv., 1928, p. 404; Req. rej., 19 oct. 1927, S. 1927, 1, 192; Trib. Civ. de la Seine, 1re Ch., 15 mars 1932, D. P. 1934, 2, 75; Paris, 30 mars 1938, D. H. 1938, 344.

(137) Agen, 14 juin 1890, S. 1893, 2, 4, D. P. 1891, 2, 153; Trib. Civ. de la Seine, 9 mai 1913, La Loi, 7 juillet 1913; *idem*, 28 juin 1913, G. P. 1913, 2, 638. V. note E. Larcher, Rev. Alg., 1907, 2, 233.

l'opinion de la Cour de Rennes constitue la règle dans la jurisprudence belge (138).

Nous suivrons pas à pas le développement de la question, telle qu'elle se présenta dans cette espèce. Les faits qui motivèrent le procès peuvent se résumer en peu de mots. Fred Picot avait contracté mariage avec Aimée Lemoine à Dinard, le 14 octobre 1903, alors qu'il était engagé dans les liens d'une précédente union, avec une dame Valpy, qui mourut en 1905, sans avoir divorcé. Le différend survint, lorsque les collatéraux du mari prétendirent priver la deuxième femme de Picot du bénéfice des effets attachés par la loi à la bonne foi des conjoints. Le tribunal civil de Saint-Malo, dans un jugement en date du 5 mars 1909, exigea de ceux qui contestaient la bonne foi de la dame Lemoine, la preuve de l'exactitude de leurs affirmations. Sur appel de ces derniers, la Cour de Rennes, tout en maintenant la nullité du mariage déclarée par les premiers juges, sur le fondement de la violation des dispositions de l'art. 147 C. C., crut devoir réformer leur décision en ces termes : « *Considérant que la nullité du mariage étant certaine, les époux Picot n'ont rien à prouver ; que c'est donc à tort que les premiers juges ont mis à leur charge la preuve de la mauvaise foi d'Aimée Lemoine... Par ces motifs, confirme le jugement dont est appel, en tant qu'il a prononcé la nullité du mariage... Le réforme, au contraire, en tant qu'il a admis... les époux Picot à prouver la mauvaise foi d'Aimée Lemoine.* » La veuve Picot, née Lemoine, se pourvut en cassation pour violation des articles 201 et 202 C.C., en ce que l'arrêt attaqué a décidé qu'il incombe à l'époux qui invoque le bénéfice de ces articles de prouver sa bonne foi. Ce fut alors que la Cour de Cassation, après délibération en chambre du conseil, décida ainsi : « *Attendu qu'en mettant à la charge de la dame Lemoine, une charge qui ne lui incombait pas, l'arrêt a violé par défaut d'application le texte ci-dessus visé* ». Ce fut par ces motifs qu'elle cassa et renvoya l'affaire devant la Cour de Caen. En décidant de la sorte, la Cour de Cassation ne faisait que reproduire les motifs dont elle s'était servie en 1819. On doit regretter, à notre avis, que ces arrêts se soient bornés à poser le principe, sans daigner l'approfondir si peu que ce soit, ainsi que les divers aspects du problème, et sans même motiver leur déci-

(138) Bruxelles, 21 juin 1923, Pass. belge, 1923, 2, 165. V. Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, 12e édit., n° 1099.

sion (139). Ce même reproche peut être d'ailleurs adressé à une décision plus récente, prise dans le même sens, par la Cour Suprême, dans l'affaire Degas (140).

2° Examen critique

176. — Des trois thèses soutenues successivement par la doctrine, il n'y a que les deux thèses extrêmes qui méritent aujourd'hui un examen approfondi. On conçoit que l'on soit partisan de l'une ou de l'autre des deux théories qui s'efforcent, tantôt d'affirmer, tantôt de nier la présomption de bonne foi en faveur des époux, mais l'on ne voit pas très bien, du point de vue de notre institution, sur quel fondement pourrait s'appuyer une doctrine transactionnelle. Notamment, l'argument traditionnel, tant de fois invoqué, et qui s'exprime par les anciennes formules romaines : « *Error potius quam dolus praesumitur in eo qui palam mala fecit* » et « *Nemo jus ignorare censetur* » (141) ne repose sur aucun fondement dans le droit moderne, tout au moins dans notre matière. D'autre part, en traitant de la nature des deux sortes d'erreur, nous avons trop insisté sur les raisons qui nous obligent à les considérer, au point de vue du mariage putatif, comme équivalentes, pour qu'il nous soit permis de ne plus y revenir, malgré l'autorité incontestable des auteurs estimant qu'elles étaient soumises à un régime différent, dans le passé (142). En outre, il ne nous échappe pas que, prétendre que les conjoints peuvent ignorer le fait et non pas le droit, c'est aller contre le bon sens. N'oublions pas l'avertissement qui nous a été donné, avec tant d'éloquence, par Laurent : « C'est dans la classe inférieure de la société, que l'on trouve l'erreur de droit. Et qui le leur aurait appris ? La société ne s'est même pas souciée, jusqu'au XIXe siècle, de leur apprendre à lire ; et la loi présumerait que ceux qui ne savent pas lire savent néanmoins le droit (143).

177. — Il n'en est pas de même des autres théories, qui trouvent

(139) Cass. Civ., 5 nov. 1913, D. P. 1914, 1, 281. V. aussi Rev. de Dr. intern. privé, 1911, p. 658 ss.; Gaudemet, *Rev. trim. de Dr. Civ.*, 1914, p. 95 ss.
(140) V. *infra*, n° 207. Cass. civ., 8 janv. 1930, S. 1930, 1, 257, note Gény, en sens contraire.
(141) Zachariae, *op. cit.*, tome I, § 125, p. 200, note 5.
(142) Cpr. Solon, *op. cit.*, tome I, n° 200.
(143) *Principes*, tome II, n° 506, p. 641-642.

encore un grand nombre de défenseurs chez les autres, aussi bien que dans la jurisprudence. Pour suivre l'ordre chronologique de leur apparition, nous examinerons, tout d'abord, la thèse que nous considérons comme dominante, qui soutient que la bonne foi se présume en faveur des époux, et qui met à la charge de ceux qui la contestent l'obligation de faire la preuve de leurs dénégations. Cette thèse tire un argument puissant des textes du Code qu'elle applique à notre matière, en invoquant l'analogie des situations et le caractère général que les rédacteurs du Code ont voulu conférer à ces textes. C'est surtout l'art. 2268, en matière de propriété, qui constitue la clef-de-voûte du système. Si l'on remonte aux sources de notre institution, ainsi que nous l'avons fait, il n'est pas douteux qu'une telle analogie est bien fondée en droit (144). Mais les partisans de cette doctrine ne se sont pas uniquement bornés à invoquer la tradition, ils ont préféré fonder leur opinion sur une construction bien plus solide, en apportant dans le différend le poids de raisonnements philosophiques et juridiques, dont il serait vain de nier l'importance. Tout d'abord, ils n'ont pas manqué de souligner toute l'inconséquence que renferme la thèse opposée qui, en définitive, aboutit à ériger la suspicion et la fraude en principe législatif. Or, un tel résultat est évidemment contraire à tous les principes, tant en matière civile qu'en matière pénale. De même, présumer la mauvaise foi n'est pas conforme à l'esprit de bienveillance qui caractérise l'institution du mariage putatif, où les époux ne se bornent pas à invoquer la bonne foi, mais se prévalent d'une situation, sans doute irrégulière, mais légale (145). En ce qui concerne l'art. 2268 C. C., il est évident, disent les partisans de l'extension de ce texte, que le législateur n'a voulu y voir que l'occasion particulière de formuler un principe d'ordre général. Ce dernier argument répond, en effet, à la réalité des faits, si l'on songe à l'application très large que la jurisprudence et les auteurs en ont fait en d'autres matières, qu'il s'agisse de l'acquisition des fruits, par le possesseur de bonne foi (146), ou du tiers qui a construit sur le terrain d'autrui (art.

---

(144) V. *suprà*, n° 11.

(145) V. Rouast dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 320, p. 250-251; Breton, *op. cit.*, Rev. trim. de Dr. Civ., 1926, p. 93; Dereux, *Etude critique*, Rev. trim. de Dr. Civ., 1907, p. 513 ss.; et surtout la note de M. Binet, au D. P. 1914, 1, 281

(146) Dalloz, *Répert., Jur. gén.*, V. *Propriété*, n° 385, supp. *eod. verb.*, n° 149; *Nouveau Code Civil annoté*, art. 550, n° 131; Demolombe, *Cours de Code Civil*, tome IX,

555) (147) ; ou du tiers détenteur qui prescrit l'hypothèque de l'art. 2180, 4° (148) ; ou enfin du possesseur de meubles qui se prévaut de l'art. 2279 (149).

Du reste, nous pensons que les termes mêmes, dans lesquels est rédigé l'art. 2268 permettent cette extension : « La bonne foi est TOUJOURS présumée... ». Il est vrai que certains auteurs ont fourni des explications accessoires (qu'ils n'acceptent d'ailleurs, que dans les cas de bigamie et de mort civile) qui sont loin d'être exactes (150). Ils justifient l'application de la règle en cas de mariage putatif, par analogie avec son application en cas de dol (art. 1116 C. Civ.). Raisonner ainsi, c'est déformer radicalement notre institution et la notion de bonne foi qu'elle suppose. C'est méconnaître que la mauvaise foi, telle qu'elle est susceptible de se rencontrer dans notre matière, est étrangère à toute idée de fraude (à la loi française) ou même de dol. Sans doute, lorsque les époux se sentent livrés à de tels agissements, leur conduite sera empreinte de mauvaise foi, mais il n'en reste pas moins qu'ils peuvent se voir priver des effets des articles 201 et 202, en dehors de toute culpabilité, c'est-à-dire de toute intention morale d'agir dolosivement. Ceci est, du reste, très compréhensible, puisque même l'époux bigame, qui savait qu'il avait contracté une précédente union, mais qui se croyait délié par le divorce, alors qu'il ne l'était pas, eût-il poussé son audace jusqu'à se faire passer pour veuf, peut être considéré comme ayant agi de bonne foi. Donc, nous observons qu'il ne reste aucune relation fixe et invariable, dans cette matière, entre la mauvaise foi et la culpabilité, au sens étymologique du mot (151).

---

n° 615; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome II, 5e édit., § 206, p. 441; Laurent, *Principes*, tome VI, n° 225; Huc, *op. cit.*, tome II, n° 124; Planiol et Ripert, *op. cit.*, 6e édit., tome I, n° 2294. Cass. Civ., 7 janv. 1861, D. P. 1861, 1, 384; Cass. Civ., 11 janv. 1866, D. P. 1866, 1, 325; Cass. Civ., 7 juillet 1868, D. P. 1868, 1, 446; Pau, 29 juillet 1868, D. P. 1868, 2, 237; Cass. Civ., 3 mai 1869, D. P. 1869, 1, 254; Civ., 8 janv. 1872, D. P. 1873, 1, 57; Req., 11 janv. 1887, D. P. 888, 5, 269.

(147) Dalloz, *Jur. gén.*, supp., V. *Propriété*, n° 183; *Nouveau Code Civil annoté*, art. 555, n° 17.

(148) Dalloz, *Jur. gén.*, V. *Privilèges et hypothèques*, nos 2505 ss. et les arrêts rapportés au supp., *eod. verb.*, n° 1529; *Nouveau Code Civil annoté*, art. 2180, n° 344; Aubry et Rau, tome III, 5e édit., § 293, p. 821; Planiol et Ripert, *op. cit.*, 6e édit., tome II, 2e, n° 3407.

(149) Dalloz, *Jur. gén.*, supp., V. *Prescription civile*, n° 113; *Nouveau Code Civil annoté*, art. 2279, n° 76; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, 3e édit., n° 875. Civ., 5 déc. 1876, D. P. 1877, 1, 166; Req., 12 mars 1888, D. P. 1888, 1, 404.

(150) Allemand, *op. cit.*, tome I, n° 609.

(151) V. en sens contraire, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1901.

178. — Ces raisonnements ont été âprement combattus par les auteurs qui soutiennent la thèse opposée et font supporter aux conjoints putatifs la charge de la preuve de la bonne foi. Certains, parmi ces derniers auteurs, invoquent, à vrai dire, des arguments peu consistants. Tel est, par exemple, celui qui consiste à rapprocher notre institution de l'hypothèse prévue par l'art. 1268 C. C. (152). Il ne faut pas perdre de vue que, dans ce dernier cas, la bonne foi cède la place à la situation caractérisée par le complet dénuement où se trouve le débiteur malheureux. Prouver ce dénuement c'est déjà presque démontrer la bonne foi (153). On a fait remarquer que le mariage putatif n'était qu'une exception apportée aux effets normaux de la nullité ; ceux-ci se seraient produits si les conjoints n'avaient pas bénéficié de la faveur de la loi (154). Donc, si la nullité du mariage avait suivi son cours, c'était l'anéantissement rétroactif du mariage. Les conjoints ne pouvaient l'éviter qu'en se prévalant d'une situation anormale et exceptionnelle, comme celle qui est contenue dans les articles 201 et 202 du C. C. La maxime antique : *reus excipiendi fit actor,* doit donc s'y appliquer. Mais, à diverses reprises, nous avons eu l'occasion d'insister sur le fait que le mariage putatif n'est pas un principe qui établit une exception par rapport à une autre règle, tout au moins, d'une manière absolue. Plus particulièrement ici, il faut répéter que les époux ne veulent se prévaloir d'aucun élément personnel et subjectif pour éviter la sanction légale de la nullité.

179. — La discussion a été ensuite portée sur un terrain où elle ne manque pas d'intérêt, à raison de l'effort suivi des savants commentateurs qui se sont occupés ces dernières années d'élucider le problème. L'on a fait ressortir le danger qu'il y aurait à soutenir l'une ou l'autre de ces théories qui, au fond, se ressemblent, puisqu'elles créent une présomption de bonne ou de mauvaise foi, en faveur des conjoints ou contre eux. Or ces interprètes, quoiqu'ils n'acceptent pas la formule brutale : « Pas de présomption sans texte », exigent au moins que la présomption soit justifiée (155). Ils concluent en déclarant qu'aucune présomption dans

(152) Laurent, *Principes,* tome II, n° 506, p. 640-641.
(153) V. les concl. de l'av. gén. Lombard, sur Cass. Civ., 5 nov. 1913, dans la *Gaz. des Trib.*, 26 nov. 1913.
(154) Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* Cpr. note Binet. P. au D. P. 1914, 1, 281.
(155) Note P. Gény, au S. 1930, 1, 257; Gény, *Science et technique en Droit privé positif,* tome III, n° 235, p. 314.

un sens ou dans l'autre ne trouve sa place ici. De la sorte, la situation leur paraît beaucoup plus claire que ne le disaient les anciens auteurs, puisque le juge n'aura qu'à examiner de près les faits, pour se faire une opinion, et établir une présomption vraisemblable dans le sens qu'il juge opportun. Plus particulièrement, le juge peut et doit, d'après ces auteurs, accepter toutes les preuves proposées à son examen (156). S'engageant dans cette voie, deux éminents professeurs (157), tout en se déclarant partisans de la théorie de la présomption de bonne foi en faveur des époux, ont fait observer qu'il ne fallait pas exagérer la portée d'un tel principe, puisqu'il ne saurait être question pour le Tribunal d'exiger de l'adversaire des conjoints la preuve directe de la mauvaise foi de ces derniers, lorsque cette preuve résulte de l'analyse des circonstances de l'espèce. Nous apprécions le caractère judicieux de cette réserve, pour laquelle, d'ailleurs, nous n'avons aucune difficulté à trouver des appuis dans la jurisprudence. Voici quelques exemples typiques qui nous ont été fournis, ces dernières années, par la pratique des Tribunaux. Le Tribunal civil de la Seine, dans un jugement du 23 mars 1925 (158), tout en admettant dans son dispositif une présomption de bonne foi en faveur des conjoints, se refusa à en faire application alors que la preuve évidente de la mauvaise foi de la femme résultait des faits énoncés dans les motifs, que nous citons brièvement : « *à la suite d'une discussion avec son mari, celui-ci la chassa du domicile conjugal et quelques jours après, y reçut la dame Barbé* (dont il s'agissait d'établir la bonne foi), *qui vint demeurer avec lui et n'a pu ignorer que celui-ci était marié, la plupart de ses vêtements ayant été laissés dans le logement de son mari.* » C'est, d'autre part, ce que déclara, dans une espèce diamétralement opposée, la Cour de Cassation, lorsqu'elle opina : « *qu'en faisant état de toutes les circonstances de la cause, les époux se sont mariés dans des circonstances qu'ils ont pu croire régulières* » (159).

Avec cette précision, nous adhérons à la théorie d'après laquelle la bonne foi n'a pas besoin d'être prouvée (160). Mais avant de

(156) Cpr. Cass. Civ., 5 janv. 1910, S. 1910, 1, 249, note Naquet; Nîmes, 17 juin 1929, S. 1929, 2, 129, note Solus.

(157) Gaudomet, Rev. trim. de Dr. Civ., 1914, p. 95 ss. *in fine;* Rouast, *Rev. crit. de lég. et de jur.*, 1928, p. 261-263.

(158) Gaz. des Trib., 3 oct. 1925, et surtout Req. rej., 19 oct. 1927, S. 1927, 1, 383.

(159) Cass. Civ., 8 janv. 1930, S. 1930, 1, 257.

(160) V. Breton, *Des effets civils*, Rev. trim. de Dr. Civ., 1926, p. 93, note 3.

conclure, nous tenons à rappeler un point que les auteurs semblent avoir négligé au cours de cette discussion, à savoir que la présomption absolue n'est possible que si la bonne foi consiste, dans notre matière, en l'ignorance des vices, autrement dit, si elle est éthique. Par contre, il ne peut être question de la supposer, avant toute analyse, si elle consiste en une croyance dans la validité de l'acte, ce qui suppose une activité positive des époux. Nous nous refusons à suivre les auteurs qui voudraient établir, en faveur des prétendus conjoints, une présomption les exemptant de toute obligation de fournir les indications précises sur les circonstances dans lesquelles ils ont pu violer les principes de la loi. Pour nous, les deux extrêmes sont aussi erronés l'un que l'autre, le juste milieu est ici la seule position possible.

3° Preuve de la bonne foi lorsque le Ministère public intervient pour faire annuler le mariage

180. — On sait toute l'autorité dont la loi a voulu revêtir l'intervention du Ministère Public, dans les articles 184, 190 et 191 C. C., pour faire annuler un mariage, célébré à l'encontre de l'ordre public, c'est-à-dire entaché d'une nullité absolue (161). Mais lorsqu'il ne s'agit plus de sauvegarder l'ordre public, mais de venir au secours d'intérêts strictement privés, tels ceux que peuvent avoir les époux à voir reconnaître leur bonne foi, l'intervention du Ministère Public n'a plus lieu de s'exercer. Dès qu'un mariage vient à être annulé sur le fondement de l'art. 190 C. Civ., on s'accorde pour admettre que le scandale disparaît et que la société a reçu pleine satisfaction. La tâche que le Code a confiée au Ministère Public est donc accomplie. Si, par la suite, se pose la question de savoir si ce mariage peut bénéficier de la putativité moyennant la preuve de la bonne foi des prétendus conjoints, le Ministère Public ne peut plus intervenir. Cette restriction est d'ailleurs compréhensible et dérive directement de la fonction expresse qui a été assignée par le législateur au Ministère Public. En effet, la bonne foi ne peut mettre en conflit que des intérêts purement privés, l'ordre public n'est pas en jeu. Tel est l'avis una-

(161) V. Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 819, 8, p. 427.

nime de la jurisprudence sur cette question. Quant à la doctrine, elle ne semble pas s'être arrêtée à l'examen de cet important problème, qui met en jeu tant les principes de notre institution que ceux qui concernent la fonction du Ministère Public. Il n'existe, d'autre part, que de rares décisions de jurisprudence résolvant la question de savoir si le Ministère Public peut intervenir pour contester ou pour faire déclarer le mariage putatif. L'état de la question, telle qu'elle se présente dans la jurisprudence, peut se résumer dans les propositions suivantes :

I) Le Ministère Public n'a pas qualité pour conclure à ce que soit déclarée la bonne ou mauvaise foi des époux. 2) Il ne peut contester la demande de ceux-ci tendant à se faire déclarer de bonne foi. 3) Le Tribunal ne peut, statuant sur la demande principale du Ministère Public, statuer incidemment sur la question de la bonne foi (art. 184 et 201) (162). 4) Mais, dans le cas où le Tribunal a statué sur cette question, en déclarant, par exemple, que les conjoints étaient de bonne foi, le Ministère Public n'a pas qualité pour interjeter appel de ce jugement. Ce dernier point n'est d'ailleurs qu'un corrollaire des deux premiers axiomes et s'explique par le fait que le Ministère Public n'a pu être à l'instance pour figurer soit comme demandeur, soit comme défendeur. C'est ainsi que la Cour d'Aix se refusa à statuer sur l'appel du Ministère Public, dans l'affaire des époux Laugier, qui avaient contracté un mariage nul, comme contraire aux dispositions de l'art. 163 C. C. (163).

181. — Toutefois on ne saisit tout ce qu'il y a d'intéressant dans ces désisions, que lorsqu'on les rapproche de la question de la charge de la preuve. En effet, il suffit d'appliquer les axiomes que nous venons de tirer de la jurisprudence, sur les pouvoirs du Ministère Public dans la matière du mariage putatif, pour nous rendre compte, à l'évidence, qu'aucun des systèmes proposés, tant par les premiers interprètes du Code, que par les auteurs de l'époque intermédiaire, n'est vraiment acceptable. Admet-on que les époux doivent être présumés de mauvaise foi ? Ils s'efforceront,

---

(162) Par contre, il le peut en cas de demande incidente émanant des époux; Aix, 5 mai 1846, D. P. 1846, 2, 147. Contra : Trib. Civ. de Valence, 5 déc. 1883, G. P. 1884, 1, 76 (motifs).

(163) V. sur tous ces points le remarquable arrêt : Aix, 5 mai 1847, *loc. cit.*, *Code Civil annoté*, art. 201, n°s 67-68.

sans doute, lorsque le Ministère Public interviendra pour faire annuler leur mariage, de repousser la présomption, mais pourront-ils le faire aussi bien que si le juge était éclairé par la discussion que susciteraient les conclusions contraires du Ministère Public ? C'est que les circonstances de chaque espèce servent de guide au magistrat, mais la conviction ne résulte que des arguments donnés de part et d'autre. En l'absence de discussion, le juge se sentira insuffisamment renseigné, et aura, peut-être, tendance à ne pas croire les époux à l'abri de tout soupçon de mauvaise foi. La situation est encore plus singulière, si l'on examine l'hypothèse où les époux sont censés avoir agi de bonne foi, et où ils sont exemptés de fournir des explications sur les circonstances de la cause. L'impossibilité juridique dans laquelle se trouve le Ministère Public de contester leur dires, servira aux époux de bouclier efficace (164). Ce résultat est d'autant plus critiquable que les causes de nullité, pour lesquelles peut et doit intervenir le Ministère Public, revêtent un indéniable degré de gravité. Ainsi, seule la solution qui, comme celle que nous proposons, admet la présomption de bonne foi en faveur des époux, tout en les obligeant à invoquer des circonstances particulières qui motivèrent leur erreur, est pleinement satisfaisante. C'est d'ailleurs ce que jugea la Cour de Paris, dans l'affaire retentissante des mariages dits de Montrouge (165). « *Attendu... que, d'une part, leur bonne foi ressort des faits mêmes du procès et que, de l'autre, l'art.* 201 *C. C., doit s'appliquer, soit par ses termes, soit par la pensée qui l'a inspiré, à tout mariage qui est déclaré nul, pour quelque cause que ce puisse être, qu'il s'agisse d'une nullité prévue expressément par la loi, ou d'une nullité qui découle des principes généraux du droit.* »

(164) C'est ainsi que nous interprétons la décision du Trib. Civ. de la Seine, 15 mars 1932, D. P. 1934, 2, 75.

(165) 23 févr. 1883, D. P. 1883, 2, 49, 2e espèce : M. P. c. Battini et autres. Cpr., 3e espèce, aff. Guilbaud, *loc. cit.* (Trib. de la Roche, 13 mars 1883.

CHAPITRE II

Effets produits par le mariage putatif

INTRODUCTION

182. — On ne saurait mesurer le mal qu'a fait, à l'institution du mariage putatif, la doctrine qui lui a attribué comme fondement juridique, la bonne foi des époux. C'est précisément lorsqu'on traite les effets, que l'on s'aperçoit que c'est là le point névralgique de tous les problèmes à résoudre. La doctrine, et, à sa suite, la jurisprudence, semblent jusqu'ici s'être demandées si la bonne foi des époux est assez puissante pour conférer à l'acte ayant les apparences du mariage tel ou tel effet du mariage, en particulier, la légitimation pour les enfants ? Sous cet aspect, disons-le, la question est pratiquement insoluble, et ce qui est pire, elle porte un grave préjudice au mariage putatif lui-même. Par contre, si conformément à la méthode que nous avons adoptée, on considère que la bonne foi, pourvu qu'elle se rencontre à un moment unique, ne sert qu'à maintenir des effets déjà produits et créés au préalable par le consentement des conjoints (1), toutes les difficultés sont aplanies, *ipso facto*. La question que l'on doit alors se poser change diamétralement d'aspect. Doit-on attribuer tel ou tel effet, et en particulier la légitimation des enfants, au consentement des époux ? Sous ces deux formes dialectiques, on aboutit peut-être au même résultat, mais avec une nuance qualitative : dans le premier cas ce sera la fantaisie qui nous guidera, dans le deuxième, le consentement, c'est-à-dire l'une des plus nobles et des plus pures directives du droit. La théorie est ainsi remise sur pied. Dans ces conditions, il est aisé de comprendre pourquoi les effets s'étendent à l'époux de mauvaise foi, aux enfants et même aux tiers. Dès que la bonne foi se manifeste chez l'un des conjoints, le Code juge sa situation suffisamment intéres-

(1) Cpr. note Naquet, au S. 1912, 1, 249.

sante, pour conserver les effets déjà acquis, bien que non encore réalisés (2). Mais la cause juridique n'est autre que le consentement échangé, qui cesse de créer des effets, après la déclaration de nullité. La bonne foi est un principe qui découle de l'équité et de la morale : elle est inefficace pour produire des effets juridiques, son rôle se borne à les rendre possibles. Chaque fois que le Code en parle, c'est toujours en vue de rendre dignes d'estime certaines situations dont la contexture juridique est défectueuse, et qui mériterait plutôt l'anéantissement (3).

Il nous est loisible d'examiner ces données, en examinant les autres textes du Code. Dans l'art. 1038 C. C., la croyance du testateur (bonne foi psychologique) ou, plus exactement, son intention d'aliéner, n'opère pas la révocation du legs, si elle n'a pas été suivie d'exécution (4). La bonne foi, dont fait mention l'art. 1240, suppose que l'individu auquel on paye, est en possession de la créance au moment où l'on fait le payement entre ses mains. Les dommages et intérêts, que l'art. 1599 du Code met à la charge du vendeur, ne dérivent pas de l'ignorance de l'acheteur, mais du consentement donné par le vendeur, qui lui porte préjudice, en d'autrs termes du fait de l'aliénation. La preuve en est que si l'acheteur croyait acheter, alors que l'autre partie entendait lui faire une donation du bien d'autrui, il n'aura pas le droit de réclamer des dommages et intérêts. C'est donc que, dans l'hypothèse envisagée par cet article, la bonne foi ne contribue qu'à rendre intéressante la situation de l'acheteur. Une situation à peu près identique se présente dans le cas de l'art. 2246, avec cette particularité, que nous voudrions d'ailleurs voir se généraliser dans la matière du mariage putatif, et qui a été reproduite par la loi du 25 juin 1919, que la bonne foi des parties n'intervient pas pour valider la citation en justice (5). Valable ou viciée, la citation s'impose aux parties, sans qu'il soit besoin de recourir aux éléments subjectifs, comme il est de règle, dans notre institution. Il est vrai que, d'après notre interprétation, la bonne foi ne joue aussi dans notre matière qu'un rôle restreint, elle ne sert qu'à rendre intéressante la situation des époux (6).

---

(2) Cpr. Huc, *op. cit.*, tome II, n° 165.
(3) V. Piedelièvre, thèse citée, p. 5 et 6.
(4) Req., 31 mai 1909, D. P. 1909, 1, 377 et la note de M. Guénée.
(5) Cpr. avec le mariage putatif, V. *supra*, n° 77; Req. 17 déc. 1849, D. P. 1850, 1, 80.
(6) Adde : Art. 112, 113, 114, 138 du C. de Comm.; art. 7 et 56 *in fine*, de la loi du 24 juillet 1867; art. 705 C. de Proc. Civ. V. Piedelièvre, thèse citée, 1re part., tit. I, sect. II, chap. IV, I, et chap. II, § 2 et 3.

183. — Si nous examinons de plus près les actes qui dérogent, soit d'une façon temporaire, soit d'une façon permanente, au vieil adage romain, *quod nullum est nullum producit effectum,* nous trouvons, en dehors de la théorie de la putativité, des exemples remarquables dans les textes. Avant de les examiner, nous étudierons le bien fondé de cette règle traditionnelle. Elle nous apparaît comme une conséquence du raisonnement déductif des Romains : *resoluto juris dantis, resolvitur jus accipiens.* Si la cause originaire est supprimée, sur quoi prétend-on fonder la survivance des effets ? Une règle aussi simple et aussi évidente ne méritait pas d'être insérée dans le Code (7). Et, cependant, cette règle qui procède de l'esprit logique des Anciens et qui semble avoir été adoptée par le législateur français dans la matière du mariage, en particulier, ne répond pas à la réalité des choses et des faits. Ceux-ci sont bien plus complexes et une fois qu'ils se sont réalisés, ils ne se laissent pas annihiler facilement. Sans doute, on peut arrêter les effets à partir d'un certain moment et pour l'avenir, mais détruire les traces qu'ils ont pu marquer dans le passé, est une entreprise téméraire et bien souvent vaine. Les faits, tels que les rapports sexuels, que les conjoints ont pu avoir, les liens du sang qui les unissent à leurs enfants, les devoirs de respect, d'éducation et d'entretien qu'ils ont pratiqués entre eux, ne peuvent jamais être effacés. La raison en est très simple : ces effets disparaissent dès qu'ils se sont produits, et, seules, les conséquences persistent. La même situation se présente, en somme, dans les contrats successifs, dont la résolution n'a d'autre but que de les faire cesser pour l'avenir (8). Les sociétés de fait se trouvent, à cet égard, sur un pied d'égalité avec le mariage putatif, en ce sens, qu'elles dérogent à la règle pendant une certaine période (9).

184. — Envisageons le mariage, abstraction faite de la bonne foi. Qu'il s'agisse d'un mariage nul ou d'un mariage inexistant, ce qui nous confirme la fausseté de cette dernière notion, on s'accorde traditionnellement pour lui assigner les effets suivants. 1) Tout d'abord, la preuve de la filiation, qu'elle soit adultérine,

(7) Piedelièvre, thèse citée, p. 5 et 12.
(8) V. Loi du 29 avril 1896. Piedelièvre, thèse citée, p. 29-30. C. de Cass. de Turin, 25 sept. 1879, S. 1881, 4, 7, D. P. 1881, 2, 11.
(9) Piedelièvre, thèse citée, p. 14.

incestueuse ou naturelle simple. On comprend très bien cette survivance de cet effet du mariage, elle se passe de tout commentaire et semble avoir été acceptée par l'Ancien Droit (10). 2) Un deuxième effet du mariage nul consiste dans le délai de viduité imposé par l'art. 228, C. Civ.; tout au moins, si l'on considère qu'il repose moins sur des raisons de convenance que dans le souci d'éviter la *turbatio sanguinis* (11). 3) Enfin l'affinité, dont nous parlerons, en en faisant l'application à notre matière (12).

185. — Les auteurs, d'ailleurs, sont loin d'être d'accord quant au fondement juridique de ces effets. Pour les uns, ils dérivent uniquement du fait matériel indestructible du mariage annulé, lequel ne pouvant être détruit doit être maintenu (13). Donc, il s'agirait d'une simple survivance des *res facti,* qui créent une présomption légale. Pour les autres, il faudrait y voir quelque chose de plus qu'un simple fait. Ils s'appuient sur la constitution de la preuve ultérieure qui est différente pour prouver un de ces faits, selon qu'il s'agit d'un mariage nul ou au contraire d'un mariage valable. Ils concluent à l'existence d'un fait provenant

(10) Pothier, *Tr. du contr. de mar.*, n° 399; Demolombe, *Tr. du mar. et de la sép. de corps*, tome I, n°s 345-346; Marcadé, *op. cit.*, art. 202, n° 4; Laurent, *Principes*, tome II, n°s 438 et 447; Glasson, *Consentement des époux au mariage*, n° 163; Huc, *op. cit.*, tome II, n° 159, p. 179; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, 4e édit., § 459, p. 45, texte et note 5; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des personnes*, 3e édit., 1908, n°s 1892-1893; Beudant, *op. cit.*, tome I, n° 289, p. 406; Dalloz, *Répert. Jur. gén.*, V. *Mariage*, n° 580 et supp. *eod. verb.*, n° 314; Dalloz, *Code Civ. annoté*, art. 201, n°s 9-11; Gaultier, thèse citée, p. 131-132; Hartemann, *Etude sur la distinction des actes inexistants et des actes nuls*, thèse, p. 324; Pize, thèse citée, p. 329 et 339; Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse, p. 684, 1; Amiable, *De la paternité*, dans la Rev. Hist. du Dr. fr. et étr., 1862, p. 560; Turin, 25 sept. 1879, Dalloz, J.G.S., *loc. cit.*; et la note sous Alger, 26 mai 1879, au D. P. 1880, 2, 161. Cette conséquence doit être rapprochée des art. 335, 342 et 762; V. Piedelièvre, thèse citée, p. 32 et 34.

(11) V. Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 711, IV, p. 382 ss. Dans le sens du maintien de cet effet : Toullier, *op. cit.*, tome II, n° 663; Duranton, *op. cit.*, tome II, n° 176, note 1; Vazeille, *op. cit.*, tome I, n° 102; Marcadé, *op. cit.*, art. 128, 1; Zachariae, *op. cit.*, tome III, § 468, p. 273, note 5; Glasson, *op. cit.*, n° 163; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, 3e édit., tome I, n° 316 bis, I, p. 473; Demolombe, *Tr. du mar.*, tome I, n° 124; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, 4e édit., § 463, § 82; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des personnes*, n° 2389 ter, p. 878; Dalloz, *Jur. gén.*, V. *Mariage*, 580 *in fine* et supp. *eod. verb.*, n° 311; *Code Civil annoté*, art. 128, n° 12; Hartemann, thèse citée, p. 327; Japiot, thèse citée, p. 684, note 2; Pize, thèse citée, p. 340; Piedelièvre, thèse citée, p. 37. Trèves, 30 avril 1806, S. 1806, 2, 140. Contra : Laurent, *Principes*, tome II, n° 364, p. 477; Baudry-Lacantinerie et Guyot, *Précis*, tome I, n° 658; Huc, *op. cit.*, tome II, n° 284, p. 299. A remarquer que certains auteurs admettent cet effet, en cas de mariage inexistant : Piedelièvre, thèse citée, p. 40-41, tandis que d'autres non : Hartemann, thèse citée, p. 327.

(12) V. *infra*, n° 226.

(13) Pize, thèse citée, p. 399; Laurent, *Principes*, tome II, n° 347.

d'un principe de droit (14). Nous partageons cette dernière opinion qui nous apparaît plus conforme à la logique. Ce qui caractérise le mariage, qu'il soit valable, nul ou putatif, c'est précisément l'existence d'un acte générateur d'effets à son origine : le consentement des parties. Malgré les prérogatives que l'on accorde à la *copula carnalis* dans une union de fait (15), jamais son pouvoir ne va plus loin qu'à lui faire attribuer à cette union certains effets, commandés par la stabilité et l'apparence de validité dont elle s'entoure parfois. L'union libre, où le consentement au mariage fait défaut, ne pourra donc produire ni la preuve directe de la filiation, ni les autres conséquences énumérées ci-dessus (16). Mais, à notre avis, les auteurs qui ont soutenu la nécessité d'un acte générateur n'ont pas tiré toutes les conséquences qui s'imposaient. Notre opinion est que, dans ce système, le principe de la rétroactivité de la nullité se trouve fortement atteint. Tant qu'il s'agissait des rapports moraux ou patrimoniaux pouvant être interceptés dans le passé, avec plus ou moins de chance de réussite, l'on n'était pas tenté de critiquer le système du Code. Au fond, le système actuel du Code français se borne, pour bien des effets, à leur interdire de se prolonger au delà de l'annulation. Peut-être, ne se serait-on jamais rendu compte de cela si, parmi ces effets, certains ne se refusaient à périr aussi bien dans le passé que dans l'avenir. Ce sont les trois conséquences que nous avons précédemment citées. Il n'est pas douteux que le système suisse (art. 132, 2e al.) est bien plus logique à cet égard, puisqu'il ne comporte pas d'effet rétroactif. Il évite ainsi de se mettre en contradiction avec lui-même et avec la réalité des faits.

D'autre part, même avec le système français des nullités, proclamant la destruction *ab initio* de tous les effets du mariage, on peut aboutir à une solution juridique. Voici la seule base qui nous semble raisonnable ; elle est d'ailleurs commune à la matière du mariage, à celle de l'union nulle, et à celle de l'union irrégulière contractée de bonne foi. Chaque fois que le consentement est donné il produit des effets civils. Ceux-ci s'étendent indéfiniment dans le cas du mariage régulier, ils sont anéantis (et ne peut être anéanti que ce qui a existé) autant que possible dans le passé,

(14) Japiot, thèse citée, p. 684, note 1; Piedelièvre, thèse citée, p. 36-37.
(15) V. Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 1177 et ss., p. 614 ss.
(16) V. Josserand, *op. cit.*, n° 1176, 2, 3, p. 612-613.

dans le cas du mariage nul, par un jugement prononçant leur destruction ; enfin, ils sont maintenus lorsque la bonne foi de l'un des époux se trouve avoir coexisté avec l'échange des consentements. Mais ce qui, à notre avis, rapproche ces trois sortes d'unions matrimoniales, c'est que le consentement produit toujours des effets, prêts à être détruits par un acte juridique, ou maintenus en raison de l'ignorance des conjoints. Les termes dont le législateur s'est servi dans l'art. 201 C. C. confirment ce point de vue. Nulle part il ne prononce le mot « mariage putatif » (sauf le législateur de 1919) ce qui aurait été un non-sens. Ce mot n'est exact aujourd'hui que pour désigner l'ensemble des rapports personnels et patrimoniaux qui résultent de la situation prévue par l'art. 201. De même, le mot « mariage » dont le législateur se sert pour désigner l'institution, signifie plutôt, à notre avis, une situation bien déterminée : il s'agit du mariage déclaré nul. On a dit que le mot « produit » est inexact, puisqu'il ferait naître l'idée d'un maintien fictif du mariage (17). Nous ne partageons pas cette manière de voir et pensons, au contraire, que si les rédacteurs se sont servis de ce terme, c'est qu'ils ont voulu souligner que ce n'était pas la déclaration de nullité qui faisait revivre les effets, mais que ceux-ci puisaient toutes leurs forces dans l'acte originaire. Il aurait dû en être ainsi dans tous les cas, mais le législateur français jugea plus conforme à la tradition d'anéantir, dès l'origine, les effets, lorsque la bonne foi faisait défaut. S'il y a donc une situation anormale, c'est bien cette dernière ; par contre, en reconnaissant que le mariage nul produit des effets, dans les hypothèses des articles 201 et 202 C. C., le législateur reste dans le cadre de la raison et du droit. La formule « *quod nullum est nullum producit effectum* » n'est ainsi nullement contredite par le mariage putatif, puisque, si le mariage a été déclaré nul, la foi des époux et l'autorité que la loi lui attribue ont pu engendrer des effets. La preuve en est que, lorsque la putativité ne peut intervenir, la loi essaie de détruire ces effets. C'est le meilleur argument qu'on puisse donner : ils ont réellement existé. Dans l'hypothèse de l'art. 201, ils sont confirmés solennellement pour le passé, mais la cause juridique évanouie, le consen-

(17) Laurent, *Principes*, tome II, nº 507, p. 642-643; Carteron, thèse citée, p. 69. Cpr. Rouast dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, nº 324. (Du latin, *producere*, m. s., en avant, et *ducere*, conduire).

tement, aucun nouvel effet ne peut être créé pour l'avenir. Seules, les conséquences que les effets anciens ont pu engendrer en droit persistent, ainsi que les situations acquises qui sont maintenues indéfiniment (18).

186. — A cet égard, on peut assimiler la situation à celle qui résulte de la dissolution du mariage, non pas, comme nous le verrons plus loin, par divorce (19), mais par le décès de l'un des conjoints. Entre le mariage putatif et le divorce il existe une analogie frappante, et il est naturel que la majorité des auteurs y fassent appel pour combler le silence du législateur, en ce qui concerne la situation « *post matrimonio* ». Dans un cas comme dans l'autre, il ne peut être question de faire encourir à l'un des époux des déchéances, alors qu'aucun tort ne lui est imputable (20). Mais, du fait que la loi du 27 juillet 1884 (art. 1er) rétablissant le divorce en France, abrogea le divorce par consentement mutuel, établi par les art. 275 et ss. du Code, l'analogie a cessé d'être complète. Sous sa forme actuelle, le divorce ressemble à l'hypothèse envisagée par l'art. 202 C.C., mais demeure sans point de comparaison avec l'article 201.

187. — Avant d'aborder l'énumération des effets que la loi a voulu conférer au principe, il faut avoir présent à l'esprit ce que représente le mariage putatif par rapport aux autres institutions du Code Civil. Il y a près d'un siècle, un des plus illustres commentateurs du Code (21) s'exprimait ainsi en parlant des problèmes qui se posent en notre matière : « Ces questions cessent d'être des questions, du moment qu'on a bien compris ce que c'est qu'un mariage putatif. Or, pour bien le comprendre, il suffit de rapprocher quelques idées bien simples », et il ajoutait qu'alors tout devenait facile. Nous ne partageons pas cet optimisme que l'auteur, d'ailleurs, poussa jusqu'à l'extrême lorsqu'il s'exclama : « Pour les effets du mariage putatif les auteurs se disputent

(18) Portalis, *Disc. prél.*, n° 62; Locré, *op. cit.*, tome I, p. 172; Zachariae, *op. cit.*, tome III, § 460, p. 247; Laurent, *Principes*, tome II, n° 507, p. 642-643, et *Cours*, tome I, n° 184; Beudant et Lérebours-Pigeonnière, *op. cit.*, tome I, n° 630, p. 512-513; Lagarde, *Rev. trim. de Dr. Civ.*, 1935, p. 815-816; Nîmes, 27 oct. 1919, S. 1922, 2, 33, note Cuq.

(19) Marcadé, *op. et loc. cit.*; Coste, thèse citée, p. 74; P. Roux, *Questions de Droit, Bigamie;* G. des Trib., 24-25 déc. 1919; note Labbé, au S. 1879, 2, 282.

(20) Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 328.

(21) Marcadé, *op. cit.*, tome I, art. 201, III, n° 696, p. 525.

beaucoup, mais il n'y a pas de quoi ». Lorsqu'on songe aux difficultés que l'application de la théorie soulève encore de nos jours, on s'aperçoit, avec tout le respect que l'on doit à la mémoire de l'auteur, que sa phrase n'est qu'une boutade. La méthode à laquelle nous ferons appel diffère radicalement de celle de cet auteur, et nous commencerons par nous interroger sur la nature de cette étrange institution, qui est capable de jeter le trouble parmi les auteurs et de renverser bien des opinions reçues.

Tout d'abord, qu'est au juste le mariage putatif ? Est-il une exception au principe de la nullité du mariage ? N'est-il pas plus exact de le considérer comme une dérogation au mariage lui-même ? Ces deux questions sont intimement connexes avec celles de savoir s'il constitue un principe juridique autonome, ou, au contraire, s'il n'est qu'une simple fiction légale. Cette dernière théorie a trouvé beaucoup de défenseurs parmi les auteurs, aussi bien que dans les tribunaux (22). Nous la croyons cependant inexacte, en tant qu'elle ne répond pas à la réalité des choses. Le législateur a-t-il affirmé que le mariage déclaré nul serait censé valable, parce que contracté de bonne foi ? (23). Voilà, à notre avis, ce qui constituerait la fiction qu'il a, précisément, voulu éviter dans l'art. 201. En nous référant à la première condition posée par le Code, nous avons vu qu'il ne pouvait être question de rapporter les effets civils de l'art. 201 à l'idée d'union valable, pas plus qu'il ne pourrait exister deux mariages réguliers pour unir les mêmes personnes. Sans doute, la nature du principe ne lui interdit pas de coexister avec une union valable que l'un des époux aurait pu contracter avec une troisième personne. Mais ce fait ne doit nullement être attribué au caractère fictif du mariage putatif, puisqu'il en est de même du mariage dissous par le divorce, où personne, cependant, n'oserait soutenir qu'il s'agit d'un mariage fictif. Ici, comme dans la matière du mariage putatif, c'est un mariage réel qui est devenu, quant aux effets futurs, stérile et inopérant. Serrons de plus près la question, en examinant successivement les diverses périodes qui caractérisent l'union putative. S'agit-il de l'époque précédant le jugement ? Les effets

(22) Laurent, *Principes*, tome II, nos 507, 509, 512, p. 642 ss.; Mourlon et Demangeat, *op. cit.*, tome I, no 700. Contra : Huc, *op. cit.*, tome II, nos 163 et 165. C'est une doctrine très répandue en Italie : A. Palermo, 13 oct. 1888, Aurea c. Aurea, Cir. guir., 1888, p. 366; Pesaro, 14 juin 1928, Marcheti c. Marcheti, Mon. dei Trib., 1928, p. 836.

(23) Comme le lui font dire Mourlon et Demangeat, *op. et loc. cit.*

et les rapports qui en découlent ne procèdent pas de la putativité, qui n'a pas encore été prononcée. Le mariage se trouve réellement avoir existé (24) ; du point de vue du droit, il possède toutes les apparences de la régularité. Veut-on s'en rapporter à la période du jugement ? Les effets qui se sont produits réellement, et qui n'étaient revêtus en droit que d'un simple voile de légalité, s'affermissent définitivement. Ce résultat ne s'explique pas par une fiction qui ferait croire que ce qui n'a pas existé, est, ou que ce qui était nul, est devenu valable. Le Code se borne à consacrer publiquement des effets que l'on eût pu, peut-être, tenir pour inexistants. Enfin, considère-t-on la période qui suit le jugement de nullité, et est-on surpris par le vide qu'on y aperçoit ? Remarquons qu'il n'en est pas autrement lorsque le mariage est dissous par le divorce ou par la mort de l'un des époux.

La vérité est que le législateur n'a pas recouru à l'idée de fiction, et que le fait d'affubler le mariage putatif de cette parure, loin de simplifier les choses, ne fait que les rendre plus incompréhensibles au bon sens et à la pensée juridique. Il y a trop d'anomalies, d'irrégularités, et de paradoxes dans cette institution, elle est trop pleine de règles déconcertantes et contradictoires, pour qu'on lui attribue des qualités qu'elle ne possède pas, et que le législateur eût certainement refusé de lui reconnaître.

Au surplus, l'idée de fiction ne semble pas être consistante, dans l'esprit de ses partisans. C'est ainsi qu'ils lui confèrent la vertu de faire considérer comme ayant existé un mariage qui, en réalité, n'a jamais eu d'existence valable, mais d'un autre côté, ces mêmes auteurs soutiennent que les actes annulés sont censés n'avoir jamais existé (25). Si nous avons bien compris leur pensée, il y a là deux idées absolument inconciliables.

188. — Il est plus exact d'affirmer que le mariage putatif constitue une exception au principe de la rétroactivité de la nullité (26). Ce principe, cependant, n'est pas repoussé complètement par les règles du mariage putatif, en raison de l'intervention de l'élément subjectif de la bonne ou de la mauvaise foi des époux. De la sorte, on assistera tantôt à une dérogation au principe de la

(24) Huc, *op. cit.*, tome II, n° 163.
(25) Cpr. Laurent, *op.* et *loc. cit.*, et tome II, n° 537.
(26) Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 858 ss., p. 444 ss.; Carteron, thèse citée, p. 67.

rétroactivité, qui n'aura pas lieu nécessairement en faveur de l'époux de bonne foi, tantôt à son maintien (27).

189. — C'est en considérant cet ensemble bigarré de phénomènes, que nous avons été amené à décider qu'il s'agit là d'un assemblage de principes juridiques qui, du moment qu'ils s'appliquent d'une façon fixe, méritent le nom d'institution, institution qui ressemble à beaucoup d'égards au mariage lui-même. L'une comme l'autre sont fondées sur le consentement des parties. Dans les deux cas, s'applique la présomption de l'art. 312 : « Pater is est... » (28). A cet égard, et pour reproduire les paroles des auteurs du Code, le mariage putatif, aussi bien que le mariage valable, constituent la pépinière de la famille légitime et la « société y puise ses enfants légitimes » (29). Le mariage putatif n'est donc pas une dérogation au mariage valable, mais une institution avec laquelle il concourt à servir la famille et l'Etat.

190. — Quant aux raisons sociales qui, en dehors des raisons historiques, ont motivé cette création civile du mariage putatif, elles ont trait surtout à l'existence des bâtards, préjudiciable à la société, aujourd'hui comme dans l'Ancien Droit (30), abstraction faite des inégalités injustifiées qui se créent entre les divers enfants, par la concentration des biens qui s'opère entre les seules mains de ceux que la loi qualifie de légitimes (Art. 762, ss.). Il nous semble que les rédacteurs du Code ont voulu élargir la catégorie des enfants légitimes, alors que les principes d'équité et d'humanité leur commandaient une attitude moins rigoureuse et plus souple.

Mais, pour des raisons faciles à comprendre, il n'est pas exact de considérer le mariage putatif comme un mariage, et ce n'est que faute d'un autre nom qu'il doit être ainsi désigné. En réalité, il s'agit d'une simple union sexuelle, à laquelle le législateur a permis de produire en droit certains effets, à l'égard des personnes se trouvant dans une situation particulière et privilégiée.

---

(27) V. *suprà*, n° 187.
(28) V. *Discours préliminaire du C. C.*, signé Portalis, p. XI.
(29) *Disc. prél.*, *loc. cit.*
(30) Concl. du proc. gén. Mourre, au S. 1816, 1, 81, aff. d'Orsay; Laurent, *Cours*, tome I, n° 183, p. 254.
(31) V. Portalis, cité par Locré, *Esprit du Code Napol.*, tome II, art. 201 et 202, p. 305; Marcadé, *op. cit.*, art. 201, n° 691. Cass. Palermo, 16 juin 1915, For. it., 1915, I, 349 (n).

Ces observations faites, nous pouvons pénétrer au fond de la matière en analysant d'abord les effets les plus anciens, ceux qui se produisent à l'égard des enfants, pour traiter ensuite de ceux qui se rapportent aux époux, et enfin de ceux qui concernent les tiers.

SECTION I

EFFETS PRODUITS PAR LE MARIAGE PUTATIF A L'EGARD DES ENFANTS

191. — C'est la partie la plus facile de notre travail, tout au moins tant qu'il s'agit de traiter la situation des enfants nés dans le mariage. Ils se trouvent assimilés, à tous les points de vue, aux enfants nés d'un mariage bon et régulier. Nous n'avons donc qu'à nous référer à la situation des enfants légitimes, pour élucider toutes les difficultés qui peuvent se présenter (1). Ce résultat n'a pu d'ailleurs être obtenu qu'en acceptant le principe de l'indivisibilité de l'état des enfants, l'hypothèse contraire ne se présentant que dans des cas absolument exceptionnels, dont le législateur n'a presque jamais voulu tenir compte (2). Il existe surtout une raison, que nous venons de rappeler dans la partie introductive de notre chapitre, qui explique l'extension aux enfants, à l'égard des deux parents, du bénéfice de la bonne foi : c'est l'élément juridique du consentement accompagné ou non d'une célébration régulière. Les conséquences que produit, en droit, le consentement des conjoints, ne sont écartées que dans le cas d'une violation consciente des dispositions légales, ce qui a lieu, notamment, lorsque l'un des époux était de mauvaise foi en contractant mariage. En dehors de ce cas, qui est d'ailleurs circonscrit, dans ses effets négatifs, au contrevenant, les enfants, qui bénéficient de la faveur légale, ne peuvent en bénéficier que pour le tout, en jouissant de toutes les prérogatives que comporte la légitimité, vis-à-vis de toutes les personnes à qui celle-ci peut être opposée.

---

(1) V. Marcadé, *op. cit.*, tome I, n° 702.
(2) V. *suprà*, n°s 132-133.

§ 1er. — *Effets personnels produits à l'égard des enfants*

192. — Une considération d'ordre général s'impose ici. Nous savons que la mission de l'institution est de contredire un grand nombre de règles édictées à l'occasion du mariage en les appliquant à des circonstances autres que celles prévues par le législateur. L'institution contredit encore d'autres principes non moins importants, tel que le principe de la rétroactivité des nullités, et selon la doctrine, la maxime « *quod nullum est nullum producit effectum* » (3). Dans cette course démoralisatrice que le législateur a voulu lui imprimer, il y a cependant un point d'*arrêt*, qu'elle ne saurait dépasser, sous peine d'ébranler définitivement les bases de la famille, telle qu'elle a été instituée par le Code de 1804. Les auteurs du Code ont parfaitement compris ce danger, et ils ont exprimé, dans le Discours Préliminaire du Code Civil, leur volonté de ne pas faire échec à la présomption de l'art. 312, 1er alinéa (4). « Les enfants qui naissent d'un mariage régulier, disent-ils, sont appelés légitimes, parce qu'ils sont les fruits d'un engagement, dont la légitimité et la validité ne peuvent être incertaines aux yeux des lois », et ils ajoutent : « Dans le cas d'un mariage nul, mais contracté avec bonne foi par les deux conjoints, ou par l'un d'eux, l'état des enfants n'est pas compromis » (5).

Cette observation nous permet de découvrir et de mieux apprécier la perspicacité dont firent preuve ces éminents jurisconsultes. Au surplus, elle nous met en mesure de comprendre toute la sagesse que contient l'institution de la putativité.

Il arrive que le Code tente de réparer le sort ingrat que la nature et les lois physiologiques de la conception infligent aux époux, en les privant du fruit de leurs rapports : tel est le but de l'adoption. Notre institution fait plus que réparer les erreurs des forces inconnues de l'organisme humain. Elle se met d'accord avec la réalité pour légitimer les enfants. C'est qu'en effet la paternité aussi bien que la maternité ne font pas de doute, dans cette matière, mais elles ne devraient pas mériter le qualificatif

---

(3) V. *suprà*, n° 183.
(4) V. Arthaud, thèse citée, p. 321 (1).
(5) *Disc. Prél. du C. C.*, signé Portalis, Tronchet, p. XI

de légitimes, en raison des circonstances extra-légales, au cours desquelles elles se sont produites.

C'est alors qu'intervient la volonté bienfaisante du législateur et non pas seulement une fiction légale. Le législateur ne dit pas, en effet, que les fruits des rapports dont il s'agit seront censés nés ou conçus au cours d'un mariage valable, il dit seulement que, nonobstant la nullité de l'union dont ils sont issus, ils seront légitimes. Ce qui revient à dire que la légitimité, dans le Code, peut émaner soit d'une union régulière, soit d'une union nulle, mais contractée de bonne foi, par les parents. Une fois de plus nous disons, pour ceux qui s'obstinent à y voir une fiction, qu'il serait plus logique de penser que c'est le mariage lui-même, avec tout son apparat et son extérieur, qui est un artifice juridique, plutôt que notre institution qui repose immédiatement sur le consentement des parties auquel le Code a voulu rendre hommage d'une façon plus directe qu'il ne le fit dans l'hypothèse du mariage valable.

1° Effets produits en faveur des enfants nés après la célébration

A. — *Effets généraux.*

193. — De nos explications précédentes, il résulte que les enfants nés à partir du consentement échangé par les parents, et ceux nés moins de trois cents jours après le jugement d'annulation du mariage, se trouvent jouir de tous les bienfaits propres aux enfants légitimes. De la sorte, s'établissent entre eux et leurs parents des droits et des devoirs, dont les plus important, mais non les seuls, se trouvent énoncés dans les articles 203 et suivants du C. C. (6). Par conséquent, ils ont le droit d'être nourris, entretenus et élevés par leurs parents. Ces diverses prérogatives seront exercées par eux, avec les modalités que la jurisprudence admet pour le droit commun (7). Ces règles sont con-

(6) Allemand, *op. cit.*, tome I, n° 628; Huc, *op. cit.*, tome II, n° 167; Mourlon et Demangeat, *op. cit.*, tome I, n° 701, p. 328.

(7) V. notamm. : Cass. Civ., 21 mai 1890, D. P. 1890, 1, 337, et la note de M. de Loynes; Cass. Civ., 6 août 1894, D. P. 1895, 1, 199; Nancy, 15 avril 1899, D. P. 1900, et la note de M. de Loynes; Cass. Civ., 27 nov. 1935, D.P 1936 1, 25, et la note de M. Rouast.

formes à la vieille formule de l'Ancien Droit, transmise par Loysel : « Qui fait l'enfant, doit le nourrir » (8). Quant aux autres dispositions du chapitre V, où se trouve placé l'art. 203, elles ne méritent aucun commentaire particulier, sauf, peut-être, l'art. 207, qu'on serait tenté d'écarter de notre matière, pour le raison que le parent de mauvaise foi ne peut bénéficier d'aucune faveur. Ce raisonnement, à courte vue, serait cependant erroné, car il néglige le fait que si le mariage putatif ne permet à cet époux de réclamer des aliments à ces enfants, il peut, dans tous les cas, quelle que soit la nature de la filiation qui le rattache à ces derniers, tirer ce droit du lien du sang qui l'unit à eux. Aussi nous pensons que, dans tous les cas, les enfants qui sont dans le besoin peuvent s'adresser à leurs parents, ou les parents à leurs enfants, pour réclamer des aliments, indépendamment de l'idée de putativité. Donc, l'art. 207 ne subit aucune dérogation en notre matière, en raison de la mauvaise foi de l'un des parents.

194. — De même, les enfants porteront le nom de leur père, peu importe que celui-ci ait été de mauvaise foi (9). Quant au domicile, nous sommes d'avis qu'à moins que le tribunal n'en décide autrement, comme c'est son droit en matière de divorce, les enfants doivent conserver celui du père, s'ils n'ont pas atteint la majorité. En outre, ces enfants jouissent de la protection de l'article 337 C. Civ. et ils s'opposent à l'adoption dans le cas prévu par l'art. 344 C. Civ. (10). Si jusqu'ici nous n'avons pas dérogé, ou presque, au droit commun, nous sommes d'avis cependant que les règles de la putativité et l'influence fâcheuse de la mauvaise foi tiennent en échec la règle posée par l'art. 477, en matière d'émancipation volontaire, et que le père ne pourra émanciper ses enfants que s'il a été de bonne foi en contractant mariage. Si la mère seule a été de bonne foi, c'est elle qui usera de cette faculté. C'est une différence essentielle que nous n'hésitons pas à faire avec l'époux divorcé qui conserve le droit de procéder à l'émancipation de l'enfant dont la garde lui a été enlevée (11). Elle tient à ce que

---

(8) Citée par Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 1093, p. 596. Cpr. n°s 1090 ss., p. 564-570

(9) V. Allemand, *op. cit.*, tome I, n° 628; Toullier, *op. cit.*, tome I, n° 666; Gaudemet, thèse citée, p. 95; Millet, thèse citée, p. 303.

(10) Gaudemet, thèse citée, p. 96; Carteron, thèse citée, p. 73.

(11) Josserand, *De l'esprit des lois*, n° 72, et *Cours de Dr. Civ.*, fr., tome I, n° 982, 5°, p. 505; Req. 4 avril 1865, D. P. 1865, 1, 387.

ce dernier conserve la puissance paternelle sur son enfant, alors que, comme nous dirons ci-dessous, la puissance paternelle fait défaut à l'époux putatif de mauvaise foi. Ajoutons que nous assimilons l'adoption à l'émancipation ; par conséquent, seul le père ou la mère putatif pourra donner son consentement ; l'avis de celui des parents qui était de mauvaise foi est sans importance et la situation qui se présente peut être assimilée à celle qui résulte de la dissolution du mariage par la mort de l'un des parents. Quant à l'opposition qui peut émaner, comme on sait, des parents aussi bien que des ascendants (art. 173 et ss.), elle ne peut faire obstacle au mariage de l'enfant que si les deux époux sont de bonne foi; dans le cas contraire, celui des parents qui a été de mauvaise foi ne pourra s'opposer au mariage de ses enfants. Cependant, il existe une exception à cette règle dans le cas où le parent de bonne foi décède sans laisser d'ascendants. Nous fondons cette exception sur l'art. 172, qui déclare que le droit de former opposition à la célébration du mariage appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des parties contractantes. Or, l'époux de mauvaise foi est considéré, chaque fois qu'il s'agit d'agir en droit, comme n'ayant jamais été engagé dans les liens du mariage avec son conjoint. Il est donc naturel et logique, puisque le Code lui refuse le droit de former opposition au mariage de son prétendu conjoint, de lui refuser également le droit de faire opposition au mariage de ses enfants. Il est dès lors équitable de reconnaître que la femme de bonne foi et ses ascendants passeront, en cette occasion, avant le père, ce qui équivaut à donner la priorité à la famille légitime sur la famille naturelle, lorsque par un effet paradoxal de l'application des lois, ces deux sortes de familles entrent en concurrence. C'est cette solution qui est préconisée par les auteurs, dans des circonstances similaires (12).

B. — *Effets particuliers relatifs à la tutelle.*

195. — Une question, qui ne laisse pas de soulever certaines difficultés, se présente lorsqu'on envisage la situation des enfants, au point de vue de la tutelle, à supposer bien entendu qu'il

(12) Demolombe, *Tr. de la Minorité*, nos 382 ss. ; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, tome I, p. 523, note 1 ; Rouast dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, nos 331-332. Gaudemet, Thèse citée, p. 96 et 98.

s'agisse d'enfants mineurs. Deux questions peuvent se poser qui ne trouvent pas de solution dans les textes. Tout d'abord, à quel moment doit-on ouvrir cette tutelle ? Ensuite, à qui doit-elle être confiée ? Ce sont des questions qui ne semblent pas avoir beaucoup intéressé les auteurs, mais qui sont cependant susceptibles d'entraîner quelques complications pratiques. L'on sait, d'autre part, que le système français en proclamant, en principe, l'ouverture de la tutelle des enfants mineurs au décès de l'un des parents, n'est pas à l'abri de toute critique et qu'il renferme de sérieuses anomalies (13). Il s'ensuit évidemment que la puissance paternelle, détenue en principe par l'époux survivant, peut coexister avec les charges et les fonctions de la tutelle (14). Il est vrai que l'exercice de la tutelle peut comporter un contrôle (article 391) que la puissance paternelle, au cours de sa durée, ne saurait accepter (15).

Que doit-on décider en cas de mariage putatif ? On pourrait songer à comparer l'annulation du mariage à la dissolution du mariage par la mort naturelle de l'un des époux, ou aux effets résultant de l'ancienne mort civile encourue par l'un des époux. Dans ces cas, il n'y aurait pas d'inconvénient à admettre l'application immédiate de l'art. 390, car, dit-on, il ne convient pas d'avoir l'air d'ignorer qu'il n'y a plus de contre-partie (16) à la puissance paternelle exercée par l'époux de bonne foi (17). Nous ne pensons pas que cette solution puisse être acceptée La situation se résout, pour nous, tout autrement. Tout d'abord, il ne peut être question d'ouvrir la tutelle à la suite de l'annulation, sous prétexte qu'il manquerait, dès lors, un contre-poids aux pouvoirs conférés à l'époux de bonne foi. Cette crainte est injustifiée, dans un grand nombre de cas, du fait que les deux prétendus conjoints se trouvent avoir ignoré l'empêchement ou le vice dont était entachée l'union. D'autre part, cette question de l'ouverture de la tutelle, pour des raisons qu'il est aisé de comprendre, ne peut être laissée à la merci de l'ignorance ou de la connaissance que les conjoints ont pu avoir. Il convient donc de donner une règle

(13) V. art. 390 C. C. Josserand, *op. cit.*, tome I, nos 350-354, p. 210 ss.
(14) Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 403, p. 235.
(15) V. aussi la loi 24 juillet 1889, art. 10 et 11. Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 353, 3, p. 213.
(16) P. Gaudemet, thèse citée, p. 96.
(17) V. *suprà.*

constante et uniforme, applicable aussi bien dans l'hypothèse où l'un des époux est de bonne foi que lorsque les deux conjoints ont ignoré l'empêchement.

L'assimilation, que l'on serait peut-être tenté de faire avec la dissolution par divorce, n'est guère plus convaincante, car les deux époux conservent, quoique divorcés, la puissance paternelle sur leurs enfants, ce qui ne cadre pas avec toutes les hypothèses qui peuvent se présenter dans notre matière.

Ces deux systèmes écartés, nous ne voyons que deux solutions possibles. Celle qui est donnée par la loi du 24 juillet 1889, art. 10 et 11, qui organise la tutelle au cas où le père est déchu de la puissance paternelle et la mère prédécédée, ou celle que propose le Code, dans les articles 141-143, en cas d'absence de l'un des parents. C'est ce dernier système que nous choisirons, parce que les circonstances prévues par ces articles ressemblent beaucoup à celles qui nous occupent. On sait que la doctrine interprète l'art. 141 d'une façon extensive et décide que si l'un des parents disparaît, l'autre, s'il est présent et capable, exercera la puissance paternelle avec tous ses attributs; la tutelle ne s'ouvrira donc pas. Or, *mutatis mutandis,* nous pouvons appliquer ce système à notre hypothèse, car, bien que le conjoint de mauvaise foi ne soit pas disparu physiquement, il se trouve en réalité dans l'impossibilité légale d'exercer ses droits. Nous concluons donc à l'ouverture de la tutelle seulement au moment du décès de l'un des conjoints. Il faut supposer, cela va de soi, que le mariage putatif a été déclaré auparavant, sinon la tutelle s'ouvrirait, mais sans qu'intervienne aucune considération relative à la bonne ou mauvaise foi de l'époux survivant (18). Quoique la jurisprudence n'ait jamais eu à régler une hypothèse semblable, nous pensons que la mort de l'époux de bonne foi, aussi bien que celle de l'époux de mauvaise foi, entraîne l'ouverture de la tutelle.

196. — Si le parent de mauvaise foi se trouve être le survivant (V. art. 390), il ne détiendra la puissance paternelle qu'en qualité de père naturel ou de mère naturelle; aussi nous estimons qu'il faut se référer à la loi du 2 juillet 1907, modifiant l'art. 389 C. C. En conséquence, l'époux survivant devra faire nommer, dans les trois mois de son entrée en fonctions, un subrogé tuteur qui contrôlera

(18) V. Trib. civ. de Blida, 31 déc. 1931, D. P. 1932, 11, 113, note Chauveau.

ses fonctions (19). D'autre part, si c'est le père de mauvaise foi qui est décédé le premier, il ne pourra pas faire usage, avant sa mort, de la faculté, que lui confère l'art. 391 C. C., de désigner à la mère survivante un conseil spécial (20). Cette prérogative, édictée en effet pour des situations normales, dans lesquelles le père détient, dès son vivant, la puissance paternelle, ne répond plus aux circonstances, puisque les rôles peuvent être intervertis dans notre matière. Il est inutile d'insister sur les règles relatives aux causes d'excuse ou de dispense de la tutelle, elles ne souffrent aucune dérogation dans la matière du mariage putatif. (Art. 427-449).

2° Effets produits en faveur des enfants nés ou conçus avant la célébration

197. — Parmi les reproches que les auteurs ont faits au législateur de 1804, aucun ne se trouve mieux fondé que celui de n'avoir pas tranché le sort de tels enfants. Le doute reste entier et toutes les hypothèses peuvent être envisagées. Les auteurs, d'ailleurs, ne se sont pas soustraits à la dure tâche qui leur incombait. Les anciennes théories se rencontrent aujourd'hui avec les nouvelles, surgies après la rédaction du Code, et plus précisément ces dernières années. Ainsi s'explique que l'on soit loin de posséder une doctrine nette et bien déterminée sur ce sujet. D'autre part, l'intérêt de la question n'a fait que croître ces derniers temps, du fait que les tribunaux ont eu à résoudre, dans un nombre assez important d'espèces, le problème du sort des enfants. La Cour de Cassation elle-même est intervenue dans le litige. Ces lacunes sont d'autant plus fâcheuses que, demain peut-être, la vie pratique présentera aux tribunaux des espèces sortant du cadre des anciennes traditions, et étant donné les directives actuelles, il semble probable que le refus du mariage putatif s'imposera.

Dans ces circonstances, deux tâches s'imposent aux auteurs. Opérer, tout d'abord, parmi le grand nombre des théories qui ont été développées depuis la rédaction du Code, une discrimina-

(19) Contra : Demolombe, *Tr. de la Minorité*, tome II, nos 375 ss.; Gaudemet, thèse citée, p. 99. Il faut dire, qu'après que ces auteurs ont émis leurs opinions, les lois du 2 juillet 1907, du 6 avril 1910, et le decr. du 30 oct. 1935, sont venus modifier de fond en comble la situation. V. Josserand, *op. cit.*, tome I, nos 503 ss., p. 282 ss.

(20) V. Gaudemet, Thèse citée, p. 98.

tion méthodique et aussi précise que possible. Ce travail aura pour résultat de faire la lumière sur maints aspects obscurs de l'institution. Cet exposé historique nous permettra de procéder à un examen critique des divers systèmes proposés, en signalant leurs faiblesses et en soulignant leurs mérites.

198. — A propos du problème posé à la doctrine par la situation des enfants, un auteur célèbre s'exclamait : « Assez de contestations sans que l'on en crée d'inutiles » (21). Il est vrai que, lorsqu'il prononça ces paroles, il songeait à l'une des questions les plus délicates de la matière, la question du sort des enfants adultérins et incestueux. Il n'empêche que les divers traits dont se compose la légitimation sont intimement liés les uns aux autres, et qu'il est périlleux, sinon matériellement impossible de vouloir établir des discriminations et des réserves dans l'application de la théorie. C'est ce qui explique la volte-face de cet auteur, lorsqu'il ne s'agit plus pour lui de critiquer, d'une façon abstraite, mais de réformer les dispositions incomplètes du Code Civil, muet sur le sort de cette catégorie d'enfants. En effet, dans son Avant-Projet de revision du Code Civil, il inséra, dans l'art. 195, correspondant aux articles 201 et 202, un troisième alinéa ainsi conçu : « Les enfants naturels sont légitimés par le mariage putatif de leurs père et mère ». Nous voyons qu'il reste bien en deçà de la limite tracée par l'évolution des idées, mais cette attitude réservée s'explique par le fait que la rédaction de cet Avant-Projet remonte à une époque bien éloignée de celle de la promulgation des lois, qui sont venues lever l'interdiction de l'art. 331, concernant la légitimation des enfants adultérins et incestueux par mariage subséquent valable. Cette considération est suffisamment forte pour excuser la prudence et la modération, dont ce grand légiste fit preuve dans son œuvre d'innovateur, surtout si l'on songe aux mobiles qui le poussèrent à adopter cette nouvelle formule : il comprit très nettement que, sans une intervention du législateur, la controverse menaçait de s'éterniser (22).

---

(21) Laurent, *Principes*, tome II, n° 509, p. 644 ss.

(22) F. Laurent, *Avant-Projet de révision du Code civil, annotation*, n° 2, sous l'art. 195.

A. — *Les diverses opinions de la doctrine.*

199. — L'ensemble des théories qui ont été émises en France, depuis la promulgation du Code, peut se diviser en quatre groupes bien caractérisés. Chacun d'eux a rencontré un nombre plus ou moins grand de partisans. D'après l'ordre chronologique, le premier groupe qui se constitua au lendemain de la rédaction du Code, comprend les auteurs qui estimaient que le législateur de 1804 n'avait voulu accorder ses faveurs qu'aux enfants nés dans le mariage, ou plus exactement nés après la célébration du mariage. De cette formule tranchée et catégorique, il résultait que les enfants nés avant la célébration, fussent-ils adultérins, incestueux ou naturels simples, devaient être exclus (23). Cette doctrine purement négative ne tarda pas à susciter une nouvelle doctrine qui, quoique plus libérale, était loin d'étendre le bénéfice de la putativité à tous les enfants nés avant la célébration, et décidait que seuls, ceux dont la naissance n'était pas entachée des vices d'adultérinité ou d'inceste, pourraient être légitimés (24). Les auteurs, partisans de cette seconde théorie, constituent de beaucoup la majorité ; cependant, nous verrons, ci-dessous, que le législateur lui-même s'est chargé de transformer les bases sur lesquelles ils pouvaient prétendre étayer leurs arguments. En effet, les lois votées par le Parlement, depuis le début du XXe siècle, lois du 7 novembre 1907 (25), du 30 décembre 1915 (26) et du 25 avril 1924, sont venues modifier l'art. 331 C. Civ. Ces modifications législatives produisirent

(23) Merlin, *Repert*, v. *Légitimation*, sect. II, § 2, n° 4; Toullier, *op. cit.*, tome I, n° 657 ; Vazeille, *op. cit.*, tome I, n°s 275-276 ; Proudhon, *op. cit.*, tome II, p. 170-171 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome II, art. 331, IV, n° 57 bis, p. 65; Richefort, cité par Zachariae, *op. cit.*, tome I, p. 201, note 8; Loiseau, *Tr. des Enf. nat.*, n° 321 ; P. Roux, *G. des Trib.*, 24-25 déc. 1919.

(24) Duvergier sur Toullier, *op. cit.*, tome I, n° 656, note 2 ; Valette sur Proudhon, *op. cit.*, *eod. vol.*, p. 5, note a ; Allemand, *op. cit.*, tome I, n°s 635, 636, 637 ; Duranton, *op. cit.*, tome II, n°s 352-356 ; Delvincourt, *op. cit.*, tome I, art. 201, p. 385, note 5 ; Demolombe, *op. cit.*, tome I, n° 315, tome III, n°s 364-366 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *op. cit.*, tome I, art. 331, n° 476, p. 335 ; Mourlon et Demangeat, *op. cit.*, tome I, n° 702, p. 388 et 389 ; Marcadé, *op. cit.*, tome I, art. 201, n° 697 ; Zachariae, *op. cit.*, tome I, p. 201, note 8 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome I, n° 288 bis, VII, p. 430 (hésitant) ; Laurent, *Principes*, tome II, n° 509, p. 644 ss. ; Huc, *op. cit.*, tome II, n° 167 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e édit., tome V, § 460, p. 50-51, note 13, *idem* 5e édit. ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1915 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, 9e édit., tome I, n° 1109, p. 358 ; Coste, Thèse citée, p. 79-81 ; Gaudemet, Thèse citée, p. 102 ss.; Gaultier, Thèse citée, p. 139-140 ; Millet, Thèse citée, p. 306-307 ; Arthaud, Thèse citée, p. 231 ss.; Carteron, Thèse citée, p. 91-95; Dalloz, *Jur. gén.*, v. *Mariage*, n° 606; et supp. *eod. verb.*, n° 330.

(25) S. et P., *Lois annot.*, 1908, p. 600.

(26) *Eod*, 1916, p. 177 ; *Pand. pér.*, 1916, p. 177.

dans la doctrine, une nouvelle scission, et des auteurs, dont l'autorité n'est pas moins certaine, décidèrent qu'il fallait étendre aux enfants putatifs l'application de ces nouvelles lois (27). Cependant, ces positions extrêmes et intermédiaires ne satisfirent pas tous les auteurs et il se forma un quatrième groupe plus libéral encore. Sous l'influence de cette dernière doctrine, l'institution du mariage putatif vint au premier plan de la discussion, puisqu'elle fut désormais libérée du mariage lui-même, et, par contre-coup, des règles gouvernant la légitimation des enfants (28).

Doit-on tenir pour définitive cette nouvelle étape, gagnée après tant d'efforts ? Voilà une question à laquelle on ne saurait répondre sans avoir, auparavant, passé en revue ses fondements et ceux des théories soutenues par les adversaires.

B. — *Etude critique.*

200. — Traditionnellement, on s'est attaché à établir une distinction entre la question de la légitimation des enfants naturels simples d'une part, et celle de la légitimation des enfants dont la naissance est entachée des vices d'adultérinité ou d'inceste, d'autre part. Ce cadre d'appréciation doit être aujourd'hui considéré comme définitivement abandonné. Après la promulgation des nouvelles lois précitées, le seul plan qui réponde aux besoins de la cause est le suivant : *a*) Le mariage putatif peut-il opérer la légitimation des enfants, dans les termes prescrits par l'art. 331 C.C. ? *b*) Doit-on le considérer comme devant aller plus loin et dire qu'il légitime tous les enfants nés avant la célébration ? En traitant ces deux questions, nous aurons l'occasion de faire l'application des divers arguments invoqués pour la solution de ces questions, aux différents systèmes doctrinaux que nous avons précédemment distingués.

---

(27) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, nos 1914-1915; Bartin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, note 13, p. 68-69 ; Rouast dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, nos 326-327 et *Rev. crit*, 1924, tome XLIV, p. 80 ss. ; Ed. Levy, *Tr. prat. de la Lég.*, nos 299 ss., p. 186 ss. ; *Gaz. des Trib.*, 9 janv. 1920 ; Loi, 7 déc. 1923, et 11-13 mai 1924 ; note E. Cuq, au S. 1922, 2, 33 ; note Savatier, au D. P. 1924, 1, 137 ; note M. Geny, au S. 1930, 1, 257.

(28) Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, tome I, nos 631-632, p. 519 ss. ; Colin et Capitant, *op. cit.*, tome I, no 171 (12 et 2e) ; Josserand, *op. cit.*, tome I, no 865, 4, p. 449-450 ; Gaudemet, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1920, p. 325 ss. et 1924, p. 659 ss. ; Concl. de l'av. gén. Mornet, aff. Degas, rapportées par Ed. Levy, *Lois Nouvelles*, 1930, p. 81 ss.

201. — Les raisons qui ont été invoquées pour admettre ou rejeter la fiction de la légitimation aux enfants nés d'un mariage putatif, peuvent se ramener à trois ordres d'idées : *a*) *La tradition* : celle-ci, a-t-on dit, est unanime à reconnaître que de tels enfants ne doivent pas bénéficier de cette faveur exceptionnelle. Qu'il nous soit permis de rappeler les conclusions contraires, auxquelles nous avons abouti dans la partie historique de notre travail. Nous y avons démontré les divergences des opinions des auteurs, tant canoniques que laïques (29). Nous avons aussi démontré qu'il était inexact de considérer la théorie extensive comme appartenant exclusivement aux auteurs ultramontains (espagnols et italiens), mais que, même en France, elle a mérité l'approbation de certains auteurs, et a guidé, parfois, la jurisprudence des Parlements. Sans doute, le contraire paraît ressortir de la tradition, telle qu'elle nous a été transmise par Pothier (30). Mais nous avons fait ressortir que la conclusion, à laquelle il aboutit, dépassait de beaucoup les limites que lui assignaient ses devanciers (31). Notamment, l'espèce dans laquelle d'Aguesseau eut à plaider, avec sa fougue habituelle, devant le Parlement de Paris, le 15 mars 1674, lui commandait une attitude beaucoup plus réservée, puisqu'il était question, non pas d'un enfant naturel simple, mais d'un enfant adultérin. Au surplus, il n'est pas inutile de rappeler que, dans cette occasion célèbre, le Chancelier, entraîné par son éloquence et par les besoins de la cause qu'il défendait, n'avait que trop fait appel aux références relatives à la légitimation des enfants adultérins par un mariage valide, ce qui n'était pas l'hypothèse (32). Donc, nous concluons à l'impossibilité d'utiliser la tradition dans l'un ou l'autre sens, du fait que l'on rencontre des partisans des deux théories opposées. Toutefois, s'il fallait prendre une détermination plus précise, nous serions tentés de nous décider pour l'acceptation de la légitimation, car on ne saurait considérer ni Pothier ni d'Aguesseau comme des représentants de la théorie canonique, alors surtout que leur opinion ne repose sur aucune base sérieuse et fondée en droit (33). De même, on ne peut, sous

---

(29) V. *suprà*, nos 61-67; Esmein, *Le Mariage*, tome II, p. 44; note E. Cuq, *loc. cit.*

(30) Pothier, *Tr. de Mar.*, édit. Bugnet, tome VI, no 441, p. 200. Cpr. no 437, p. 197.

(31) D'Aguesseau, *Œuvres complètes*, tome IV, 47e plaid. ; *Nouveau Denizart*, tome III, v. *Bonne Foi*, § 3, no 3.

(32) Note Savatier, au D. P. 1924, 1, 137.

(33) Note Cuq, au Sirey, *loc. cit.*

non pas la légitimation ; celle-ci continue à être régie par les dispositions contenues dans l'art. 331, al. 1, c'est-à-dire par la reconnaissance préalable ou concomitante à la célébration du mariage. Il s'ensuit que le législateur, dans les articles 201 et 202, n'a pas eu en vue les enfants nés dans une période limitée par ce prétendu mariage, mais a voulu viser tous ceux qui procèdent de parents dont l'union a été viciée (38). Ce sont tous les enfants qui sont nés sous l'apparence et sous le voile du mariage. Mieux, ce sont eux qui ont contribué, plus que personne, à créer cette apparence. L'existence de ces enfants a été le motif déterminant de l'union de leurs parents. Donc, nous devons décider qu'aussi loin qu'on puisse remonter dans le passé, les enfants qui en sont issus devront être couverts par la protection du consentement au mariage échangé par leurs parents.

203. — c) *Arguments juridiques tirés de la nature de l'institution.* — Le fameux raisonnement énoncé par Pothier, à la suite de ses prédécesseurs : le concubinage est exclusif de la bonne foi (39), pèche par excès de logique. C'est l'occasion de rappeler la pensée de Pascal, d'après laquelle l'abus des vérités doit être puni autant que l'abus des mensonges (40). Pothier admet que la femme ignorant qu'elle épouse un bigame profite de son innocence, mais jamais celle qui a commencé par commettre avec lui un acte blâmable : vivre en concubinage. La première n'a rien fait de répréhensible, ajoute-t-il, tandis que la deuxième a commis une faute. Le plus étrange, c'est qu'il pense que cette faute peut-être remise par un mariage valable, mais non par un mariage putatif (41). Il existe des raisons qui nous incitent à douter d'un pareil raisonnement. Qu'est au juste un mariage putatif ? Ce n'est jamais qu'un mariage vicié. Donc, argument fantaisiste pour argument fantaisiste, nous préférons le suivant : s'il y a une faute, c'est celle de vivre en concubinage dans le mariage, en se parant de toutes les apparences d'une union régulière et en jouissant des prérogatives aussi longtemps que le magistrat ne mettra pas un terme à ce scandale. En allant au fond des choses, en quoi

(38) Portalis, *Trav. prép.*, Locré, *Législ. civ.*, tome IV, nos 517 et 518.
(39) Pothier, *op. cit.*, n° 441 ; Duranton, *op. cit.*, tome II, n° 354.
(40) *Pensées*, édit. Lutetia, sect. XIV, n° 916 (344).
(41) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1914.

consiste la bonne foi dans cette matière ? A croire que le mariage etait valable, alors qu'il ne l'était pas, ou si l'on préfère, à ignorer simplement les irrégularités de l'acte. Mieux encore, conformément à la définition que nous donnerons dans la partie de Droit comparé de notre travail, *la bonne foi consiste dans la volonté de ne commettre, en s'épousant, rien d'illicite, et de ne pas produire des effets dérivant d'une simple union de fait.* C'est bien l'hypothèse contraire à celle envisagée par Pothier qui est la vraie : on serait bien tenté de penser que ces époux ne se sont mariés irrégulièrement que pour mieux cacher aux yeux de la société le début de leurs rapports illicites, sous l'apparence du mariage et de la légalité. Le geste réfléchi des concubins qui s'épousent est à coup sûr plus méritant que le geste spontané des seconds. En outre, ils sont plus intéressés à réaliser leur mariage, avec toutes les formalités et prescriptions d'usage.

D'autre part, ces savants commentateurs ne paraissent pas avoir aperçu que le problème ne consiste pas à comparer l'état de concubinage avec celui des gens mariés, mais deux états similaires, caractérisés par les mêmes particularités extra-légales, avec cette différence, toutefois, que le concubinage des uns n'a fait que continuer après le prétendu mariage, tandis que celui des autres n'a pris naissance qu'au moment précis où ils croyaient s'engager en mariage. Si l'on tient pour fautif le premier couple de concubins, il faut décider de même pour le second. Au fond, c'est à un pareil résultat qu'aboutissait le refus du mariage putatif à ceux qui avaient vécu en concubinage pendant l'époque antérieure au mariage. Si, en effet, les concubins étaient de mauvaise foi au moment de la conception et de la naissance de leurs enfants, ils devaient l'être à la célébration et, par conséquent, tous les enfants étaient déclarés illégitimes. Ce fut cette conséquence absurde qui mit en relief le mal fondé de la théorie, comme nous le verrons en parlant de la pratique jurisprudentielle. Ajoutons que toute formule tendant à faire dépendre le mariage putatif de la conduite des époux avant le mariage, et à introduire la notion de concubinage dans cette matière, n'est pas seulement anti-historique, mais va encore à l'encontre de l'esprit et de la lettre des textes. Ceux-ci sont clairs et précis quant aux conditions à exiger et ils n'admettent aucune intromission d'éléments étrangers.

C. — *La jurisprudence. — Sort des enfants adultérins et incestueux.*

204. — La première fois que la Cour de Cassation eut à intervenir, après le vote de la loi du 7 novembre 1907, ce fut pour rejeter l'appel formé contre un arrêt de la Cour d'Alger, et elle le fit en ces termes : « *Attendu que, s'il est exact que le mariage putatif ne peut légitimer les enfants nés antérieurement à sa célébration, lorsque le commerce dont ils sont issus est adultérin...* » (42). La particularité de cette espèce était que tous les enfants nés avant la célébration avaient été inscrits sur les registres comme enfants légitimes, postérieurement à la célébration du mariage. L'antériorité de leur naissance n'était donc pas établie en fait. Quoi qu'il en soit, l'autorité de cette règle ne fut maintenue que peu de temps, et elle fut rejetée moins de dix ans après, lors de l'affaire Chaud, par la première chambre de la Cour de Nîmes (43).

L'importance de l'arrêt de la Cour de Nîmes mérite d'être soulignée, car son influence se fit sentir dans la jurisprudence postérieure (44). Pour en saisir la portée, il est indispensable de connaître les circonstances dans lesquelles il intervint. Tout d'abord, disons qu'il ne semble pas que la Cour de Nîmes ait été conduite par l'intention de contrecarrer le principe posé par l'arrêt de la Cour de Cassation de 1910, mais les particularités exceptionnelles de la cause l'obligeaient à faire échec à l'interdiction de la légitimation. Voici les faits. En 1906, le sieur L. Chaud épousait la dame Pessard, avec laquelle il ne cohabita pas longtemps. Il obtint la séparation de corps, convertie en divorce après que le délai de l'art. 310 se fut écoulé. Mais le jugement de divorce ne fut signifié que le 10 juin 1914 et ne put devenir définitif le 11 août suivant, en raison de l'effet rétroactif de la loi du 11 août 1914,

---

(42) 5 avril 1906, *Rev. Alg.*, 1907,2, 233, note Larcher et Cass, civ., 5 avril 1910, D. P. 1911, 1, 318, S. 1912, 1, 249, note Naquet. Gaudemet, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 910, p. 408 ss. Avant cette date la Cour de Cassation n'avait jamais eu à trancher la question de la légitimation par mariage putatif subséquent. C'est à tort que certains auteurs font remonter sa première décision à un arrêt du 22 janvier 1812. S. 1812, 1, 166. En effet, cet arrêt est étranger au sujet, puisqu'il y est question de la légitimation opérée par un mariage valable, au profit d'un enfant né à une époque où les parents ne pouvaient contractés mariage.

(43) 27 oct. 1919, S. 1922, 2, 33, note M. Cuq ; Gaudemet, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1920, p. 325 ss. ; *Gaz. des Trib.*, 24-25 déc. 1919, et la note en sens contraire, P. Roux ; Dalloz, *Réper. Jur. gén.* v. *Mariage*, nos 1052 ss. Pand. fr., *Repert. eod. verb*, nos 1316 ss.

(44) V. Paris, 31 juillet 1923, *La Loi*, 7 déc. 1923, note Ed. Levy ; Rouast, *Rev. crit de Lég. et de Jur.*, 1924, p. 79 ss.

suspendant les délais de procédure pendant la durée des hostilités (45). Nonobstant cet obstacle de droit, il épousait à Avignon, le 3 octobre 1914, la dame Goujet, de laquelle il avait eu un enfant né le 22 janvier précédent. Cet enfant avait été reconnu par ses parents dans l'acte de mariage et sa légitimation avait été mentionnée dans son acte de naissance. Il résultait de ces circonstances que Chaud s'était remarié à une époque où il était encore engagé dans les liens d'une précédente union et que la naissance de l'enfant était évidemment entachée d'adultérinité. Bigamie, erreur de droit, enfant adultérin, légitimation, période de moratorium et mariage putatif, tels étaient les aspects extraordinaires de cette affaire. Le 19 novembre 1918, L. Chaud intentait contre sa seconde femme une action en divorce, mais celle-ci riposta en introduisant une demande en nullité fondée sur l'état de bigamie de son mari au moment de la célébration de leur mariage (46). Elle contestait, par là même, la légitimité de leur enfant. Le 27 février 1919, le tribunal civil d'Avignon acquiesça à sa demande et le mariage fut déclaré nul. La Cour de Nîmes, saisie sur appel du mari, examina de plus près les mobiles qui avaient incité la mère à agir de la sorte. Ils découvrirent que la femme ne poursuivait d'autre but que celui de conserver la garde de son enfant, qui eût pu lui échapper, dans le cas d'une sentence de divorce prononcée à ses torts et griefs. En obtenant l'annulation et non pas le divorce, et faisant, par là, tomber la légitimation et éventuellement la preuve de la filiation à l'égard du père, elle obligeait les juges à lui conserver la garde. Mais la Cour déjoua la manœuvre, en maintenant la nullité prononcée par le tribunal d'Avignon, tout en accordant la faveur du mariage putatif. Conscients de l'importance de leur décision, ils s'efforcèrent de découvrir la bonne foi des deux époux, pour se mettre à l'abri de toute violation de la loi. L'art. 202 n'étant plus en cause, il ne restait qu'à appliquer l'art. 201, d'où les termes « *enfants issus du mariage* » ont été bannis. Ce qui ne leur empêcha pas d'envisager le problème d'un point de vue général et, à ce titre, l'arrêt est un des plus importants que la jurisprudence ait eu à rendre ces dernières années. « *Attendu,* porte cette décision, *que L. Goujet a conclu à*

(45) V. Japiot, *Le Droit Procédural de la Guerre*, nos 202 et 779, note 1, et note au S. 1916, 2, 41. Cpr. Rouen, 2 déc. 1914, S. 1915, 2, 9 ; Libourne, 22 mai 1918, S. 1918, 1919, 2, 69 ; Bordeaux, 28 oct. 1918, S. 1919, 1918, 2, 100. Contra : Paris, 17 avril 1916, S. 1916, 1, 41 et P. Roux, note *loc. cit.*

(46) Cpr. Req. rej., 7 mars 1932, D. H. 1932, 268.

toutes fins devant la Cour que l'art. 331, *al.* 2..., *qui autorise la légitimation des enfants adultérins par le mariage subséquent des père et mère dans l'acte de célébration du mariage ne saurait trouver son application dans l'espèce, le mariage putatif ne pouvant avoir la force d'opérer cette légitimation. Attendu que, s'il est dépourvu de tout effet nouveau pour l'avenir, le mariage putatif conserve néanmoins tous les effets déjà réalisés dans le passé, où il a pu produire ceux d'un mariage valable, qu'il n'aurait complètement produits si la légitimation, qui compte au nombre des plus importants de ces effets, ne devait en résulter; que, puisque l'irrégularité des rapports entretenus par les futurs époux ne fait pas obstacle à la légitimation des enfants qui en sont issus, lorsque le mariage est valable, on ne s'expliquerait pas qu'elle l'empêchât, lorsque le mariage est nul, mais putatif; qu'au fond, l'annulation du mariage équivaut simplement à sa dissolution à l'époque où elle intervient. Attendu... que l'art.* 201 *pose le principe et ne comporte aucune exception. Attendu que plus inutilement encore a été soutenu que le mariage putatif ne saurait aboutir à la légitimation des enfants adultérins, la bonne foi ne pouvant être invoquée en cette matière. Attendu que la bonne foi requise lors de la célébration du mariage consiste simplement dans l'ignorance des empêchements qui s'opposaient à sa validité* ».

Ces conclusions sont encore plus péremptoires et répondent, à notre avis, victorieusement aux objections que nous avons rencontrées chez les négateurs du principe. « *Vainement on opposerait,* déclare l'arrêt, *que d'après l'art.* 202 *C. C... le mariage putatif ne produit d'effet qu'en faveur...* des enfants issus du mariage, *cette disposition a pour objet de priver l'époux de mauvaise foi des effets du mariage putatif, et non d'enlever le bénéfice à certaines catégories d'enfants, tous les enfants des anciens époux étant indistinctement protégés par l'art.* 201... ». C'est par cet arrêt que la jurisprudence se fraya un nouveau chemin. L'écho des paroles de d'Aguesseau, après avoir résonné pendant deux siècles et demi, cessait de peser sur les tribunaux. L'art 201 était érigé à la hauteur d'un principe général dominant l'institution, sa portée s'étend à toutes les personnes, à toutes les époques, à celle qui a précédé le mariage, comme à celle qui l'a suivi. Quant à l'art. 202, il n'a été rédigé par le législateur qu'en vue d'un cas particulier, qui constitue d'ailleurs le *plerumque fit* (47).

(47) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *op. cit.*, tome I, art. 331, n° 476, p. 335 ; Mourlon et Demangeat, *op. cit.*, tome I, n° 702, p. 388-389.

205. — Quelle fut l'attitude de la Cour de Cassation devant la logique irréfutable de cet arrêt ? Elle n'hésita pas à contredire sa propre opinion exprimée en 1910 et adopta celle de la Cour de Nîmes (48). D'autre part, elle fonda son argumentation sur un nouvel aspect de la question, puisqu'elle n'appliqua pas l'effet rétroactif de la loi de 1914, faisant cesser les délais de procédure, ou, tout au moins, elle argua que la naissance de l'enfant avait eu lieu plus de trois cents jours après l'ordonnance du président du tribunal, prévue par l'art. 878 C. de proc. civ. Quoi qu'il en soit l'enfant restait bien adultérin. Elle décida de son sort de la façon suivante : « *Mais attendu que le mariage putatif produit les effets civils d'un mariage valable et comporte, par suite, la légitimation de l'enfant adultérin où la loi permet cette légitimation* ». En conséquence, le rejet du pourvoi introduit par la dame Goujet s'imposait, et ainsi fut close cette affaire, l'une des plus originales parmi celles que contiennent les annales de la jurisprudence française. Le revirement de la jurisprudence fut chose accomplie. Le mariage putatif devint désormais l'égal du mariage légitime. Le consentement des prétendus époux, dont la confiance en leur œuvre a été sincère, possède la même force que celui des conjoints réguliers.

206. — Doit-on en déduire qu'il a atteint maintenant tout son développement, et que désormais il n'est possible d'envisager aucune perspective d'expansion ? Question hardie que nous nous efforcerons de maintenir dans les strictes limites où l'enferment actuellement la jurisprudence et la doctrine. Celle-ci en particulier, s'est montrée depuis une quinzaine d'années pleine d'activité. Elle a fait preuve de beaucoup de perspicacité en faisant ressortir, notamment, les difficultés qui s'opposent à la reconnaissance, en vue de la légitimation, de pareils enfants (art. 331). Nous verrons cependant qu'il existe divers moyens de tourner la difficulté. Mais tout d'abord posons le problème, tel qu'il est apparu dans la doctrine. On conçoit à la rigueur, dit-on, que le mariage putatif soit assimilé dans ses effets à un mariage valable ; mais il est invraisemblable de lui attribuer des vertus que le mariage valable ne possède pas. Pour traduire la formule, sous la forme de

(48) Cass civ. rej., 19 nov. 1923, D. P. 1924, 1, 137, note de M. Savatier ; Capitant, *Les grands Arrêts*, p. 31 ; Gaudemet, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1924, p. 87 ss.

syllogisme, disons que le mariage putatif produit les effets d'un mariage valable, la légitimation de ces enfants n'est pas un effet du mariage (art. 331, al. 1, 2, 3), donc, le mariage putatif ne produit pas cette légitimation (49). A vrai dire, les tribunaux n'ont jamais dû régler des affaires de cette espèce. Que vont-ils faire ? Voilà la question que se posent les auteurs contemporains. Vont-ils tenir pour légitimes les enfants nés d'un mariage putatif du mari, alors que ce dernier se trouve engagé dans une précédente union dont sont nés des enfants légitimes ? (art. 331, 3°). Ce qui complique encore les choses, c'est que certains auteurs exigent que la condition d'absence d'enfant du premier mariage soit appréciée au moment de la célébration du second mariage, parce que c'est à cet instant que s'opère la légitimation (50). Ajoutons que si une espèce semblable ne s'est pas encore présentée en fait, la Cour de Cassation semble avoir laissé pressentir son attitude favorable, dans l'affaire Degas (51).

207. — Nous connaissons suffisamment ce procès pour éviter d'y revenir (52). Relevons les particularités intéressant plus spécialement la situation des enfants des prétendus époux. La question de l'invalidité de ce mariage une fois résolue, la question se posa de savoir si elle devait s'étendre indifféremment à tous les enfants. En effet, deux des enfants étaient nés des relations que les prétendus époux Degas avaient eues après leur mariage, mariage qui par la suite fut annulé; leur frère Maurice, par contre, procédait de rapports extra-conjugaux, puisque sa naissance se plaçait à moins de 180 jours après le dit mariage (art. 312 et 314). Les enfants légitimes excipèrent de quatre moyens différents pour exclure leur frère de la succession de leurs parents. Le premier moyen, touchant la putativité, échappait nécessairement au contrôle de la Cour de Cassation (53) ; les trois autres tendaient plus

(49) Cpr. Demolombe, *op. cit.*, tome III, n° 364, 365, p. 535 ss.

(50) Rouast, *Rev. crit.*, 1924, p. 80, note 1. Contra : Ed. Levy, *Tr. de la Lég.*, n° 293, v. cep. n° 306, p. 191-192 et la note dans *La Loi*, 7 déc. 1923, A et B.

(51) Trib. civ. de la Seine, 6 févr. 1924, *Gaz. des Trib.* 29 mai 1924, confirmé par Paris, 31 déc. 1925, G. P. 1926, 1, 468, concl. de M. le substitut Frémicourt; Gaudemet, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1924, p. 659 ss. Cass. civ. rej., 8 janv. 1930, S. 1930, 1, 257, note Geny ; note M. Savatier, *Rev trim. de Dr. civ.*, 1930, p. 426 ; Ed. Levy, *Lois nouvelles*, 1930, 2, 81, rapportant les concl. de M. l'av. gén. Mornet ; Gaudemet, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1930, p. 360 ss.

(52) V. *suprà*, n° 169 et n° 175 *in fine*. M. Brière, *Le fondement de la filiation légitime*, Thèse, Caen, 1938, p. 109 ss.

(53) V. *suprà*, n°s 164-166. Cass. civ., 25 mars 1889, S. 1890, 1, 145, note Labbé et concl. de l'av. gén. Desjardins; Gaudemet, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1910, p. 408; Req., 19 oct. 1927, S. 1927, 1, 383.

directement à contester la légitimité. C'était l'occasion de faire renaître un ancien litige qu'on eût pu croire éteint à jamais. On sait que les auteurs s'étaient préoccupés, dès le lendemain du Code, de savoir quelle était la situation d'un enfant né dans de telles conditions (art. 314). L'intérêt de la question n'échappe à personne, au moins tant qu'il s'agit d'un mariage régulier. S'il est tenu pour *légitime*, peu importe la date de sa conception; au contraire, s'il est *légitimé* par le mariage subséquent de ses parents, il ne peut l'être que si, au moment du mariage de ses auteurs, il se trouve dans l'un des cas prévus par l'art. 331 C. C. (54). La doctrine et la jurisprudence sont loin d'être unanimes à ce sujet. Pour les uns, la qualité de légitimé de cet enfant ne saurait faire de doute, et ils admettent que sa légitimité peut être contestée pour tous ceux qui ont intérêt (55). Nous n'avons pas ici à retracer leurs arguments; qu'il nous suffise de dire que les auteurs qui ont soutenu l'illégitimité de cet enfant ont été frappés par le fait qu'il a été conçu par des parents non mariés (56). D'aucuns penchent pour l'idée d'une reconnaissance tacite (57). D'autres se refusent à admettre cet élargissement inconsidéré de la volonté et ils voient plutôt l'effet d'une reconnaissance légale (58). A croire les partisans de ces diverses doctrines, quel que soit le point où l'on aboutisse, on doit appliquer *a fortiori* au mariage putatif les règles dégagées pour l'hypothèse d'un mariage valable (59). La première

---

(54) Observ. de M. le subst. Frémicourt, *loc. cit.*

(55) Cass. civ., 28 juin 1869, S. 1869, 1, 446, D. P. 1869, 1, 178. V. Pothier, *Tr. du contr. du Mariage*, édit. Bugnet, tome VI, n° 414, p. 187 ; Merlin, *Répert.*, v. Légitimation, sect. 2, § 3, n° 7 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e édit., tome IX, n° 545, p. 38, texte et note 11; Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, *op. cit.*, 3e édit., tome IV, nos 519-520 ; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 710 ; Colin et Capitant, *op. cit.*, tome I, 5e édit., p. 269-270 ; Rouast, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1927, *Enfants conçus avant et nés après*, p. 137-152. Contra : Chambéry, 15 juin 1869, S. 1870, 2, 214 ; Lyon, renvoi, 6 avril 1870, S. 1870, 2, 102 ; Lyon, 6 avril 1870, S. 1870, 2, 109, D. P. 1870, 460 ; Cass. civ. Belgique, 29 nov. 1906, S. 1910, 4, 18. Valette, *Explication*, p. 156 et 159 ; Laurent, *Principes*, tome III, n° 385, p. 471 ; Beudant, *Etat et capacité des Personnes*, tome II, nos 534-542 ; Gaudemet, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1926, p. 377-382; Ed. Levy, *Tr. de la Lég.*, 2e édit., nos 69-76. Cpr : Cass. civ., 2 juillet 1936, D. P. 1936, 1, 118, note E. de Lagrange.

(56) V. Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 1039. 1, 1°, p. 534-535.

(57) Josserand, *op. et loc. cit.* Colin et Capitant, *op. cit.*, tome I, 8e édit., p. 274-275 ; Ed. Levy, *Tr. de la Lég.*, 2e édit., n° 107, *Lois nouvelles*, 15 juin 1928, p. 244-248 ; *G. des Trib.*, 2-3 juillet 1926. Cass. civ., 28 juin 1868. D. P. 1869, 1, 335, S. 1870, 1, 440.

(58) Rouast, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1927, p. 146 ss. C'est à tort que M. Gaudemet attribue à M. Rouast l'idée d'une reconnaissance tacite ; *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1926, p. 377 ss. V. pour le développement des diverses théories M. Brière, *Le fondement de la filiation légitime*, Caen, Thèse, 1938, p. 73 et 55.

(59) Note Geny, *loc. cit.*

chambre de la Cour de Paris (60), adoptant les motifs d'un jugement du Tribunal de la Seine (61), décida, dans son arrêt de 1925, dans un sens tout à fait opposé, déclarant notamment que lorsque « *le mariage est putatif vis-à-vis des deux époux, les enfants nés avant le mariage et aussi ceux qui, nés au cours du mariage, auraient été conçus auparavant, bénéficient de ces effets au même titre que les enfants conçus et nés pendant le mariage* ». Par conséquent, elle fait bénéficier l'enfant né moins de 180 jours après le mariage de la présomption de légitimité, tant qu'il n'est pas désavoué par le mari. L'enfant des époux Degas, né moins de 180 jours après le mariage, fut placé sur un pied d'égalité avec ses frères nés pendant le mariage. La Cour de Cassation fut encore plus explicite et posa une règle générale, applicable à tous les mariages réguliers et putatifs. « *Attendu que tout enfant né au cours du mariage a la qualité d'enfant légitime, quelle que soit la date de sa conception* ». La Cour semble avoir été inspirée par des raisons d'ordre juridique, plutôt que par des considérations morales et sociales : « *moins,* nous dit-elle, *en raison de l'intention présumée chez ses parents de lui conférer par mariage le bénéfice d'une légitimation, qu'en vue de sauvegarder, par une fiction légale, l'unité du mariage et la dignité de la famille* ». Nous apercevons clairement que, tout en rejetant l'opinion de certains auteurs précités, elle leur donnait satisfaction en ce qu'elle repoussait également l'extension démesurée de l'intention des parents (63).

208. — Que doit-on penser de l'attitude de la Cour de Cassation ? Tout en nous soumettant évidemment à son avis souverain, nous pensons qu'il convient d'établir dans cette sentence une discrimination capitale. Est-on d'avis, comme nous le pensons, que la Cour de Cassation a voulu poser une règle générale qui embrasse indistinctement les mariages valables aussi bien que les mariages putatifs ? Il nous semble que l'opinion de la doctrine, qui soutint la légitimation légale de ces enfants, est la plus conforme aux articles 314, 335 et 339 C. Civ., et au rôle de la volonté de l'individu dans les actes juridiques et dans les questions d'état.

---

(60) *Loc. cit.*
(61) *Loc. cit.*
(62) *Loc. cit.*
(63) V. cep. Gaudemet, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1926, p. 377 ss., qui pense que c'est tout le système opposé qui est ruiné.

Par contre, nous adhérons à l'opinion de la Cour Suprême en ce qui concerne le mariage putatif. A notre avis, il n'y a aucune raison pour établir une distinction entre les enfants nés avant et après le consentement des époux. Les enfants adultérins, a-t-on dit, diffèrent des enfants incestueux en ce que les premiers sont destinés à rester toujours soumis à leur tare, tandis que la situation des derniers dépend de la date de leur naissance (64). D'accord; cette observation n'a de portée que lorsqu'il est question d'un mariage valable, non lorsqu'il s'agit d'un mariage putatif. Les trois catégories d'enfants illégitimes distinguées par le Code Civil se transforment spontanément en enfants légitimes, sans passer par le stade intermédiaire de la légitimation, lorsque le mariage n'est pas valable mais putatif (65).

« *Fictio idem operatur,* réplique-t-on, *in casu ficto quam veritas in casu vero* » (66). Tout d'abord, nous avons vu que l'institution ne revêt pas les caractères d'une fiction; donc la question qui se pose est de savoir si, de deux réalités, l'une peut opérer dans la famille un résultat que l'autre ne peut pas réaliser. On conçoit parfaitement que le législateur se soit refusé, dans les cas non prévus par l'art. 331 C.C., à introduire dans la famille légitime, par le moyen de la fiction, des enfants légitimés, alors que leur légitimation jure avec la réalité. Reculera-t-on la date du mariage jusqu'au moment de la naissance d'un tel enfant, lorsque, par exemple, l'un des époux était, à ce moment là, engagé dans les liens du mariage avec une troisième personne ? C'est pratiquement impossible. Lorsque le grand orateur d'Aguesseau s'exclamait que le mariage valable n'aurait pu produire la légitimation, il oubliait que, dans la majorité des cas, c'est en raison de son impossibilité juridique et matérielle d'exister, et non à cause de son manque de puissance. La fiction de la légitimation de ces enfants ne s'accomplit pas en raison de ce que le *substratum,* le mariage valable, dont elle suppose l'existence, ne peut se manifester au moins à l'époque de leur naissance. Et lorsque le mariage peut se réaliser, parce que, par exemple, l'autre époux vient à décéder, c'est alors la fiction qui ne peut plus être imaginée. La situation est tout autre, lorsqu'il s'agit d'un mariage putatif. Pourquoi ne ferait-il par exception au mariage, dans ses effets, puisqu'il y fait excep-

(64) Ed. Levy, *Tr. de la Lég.*, n° 268, p. 166-167.
(65) V. note Savatier, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1930, p. 426, *in fine.*
(66) Allemand, *op. cit.*, tome I, n° 636 ; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 327.

tion dans son existence, tout au moins selon une certaine doctrine opposée à la nôtre ? Il est appelé à agir alors qu'un mariage bon et régulier ne peut exister juridiquement.

Au surplus, le Code ne dit pas, au risque de se mettre en contradiction avec lui-même, que le mariage putatif opérera comme le mariage valable. Il dit simplement qu'il en produira les effets. Or, l'effet que produit le mariage valable n'est pas la légitimation, qui s'opère à l'aide d'autres conditions, notamment de la reconnaissance des parents, mais la légitimité. A cet égard, les deux mariages se valent, mais pousser l'assimilation jusqu'à l'extrême est périlleux. Il est logique de penser que ces deux sortes de mariage prennent d'autres moyens pour aboutir. Ceci est d'ailleurs conforme à la tradition de l'Ancien Droit, où les enfants nés d'un mariage irrégulier étaient censés être légitimes et non légitimés (67). Ne perdons pas de vue, par ailleurs, que la célébration est loin d'avoir, en notre matière, l'importance qu'elle revêt dans l'hypothèse d'un mariage régulier. Nous avons dit qu'à proprement parler, la célébration ne se rencontre pas ici, mais seulement le consentement. Dans certains cas, elle est destinée à passer presque inaperçue, et il est très probable qu'elle ne frappe nullement l'attention des conjoints, qui n'auront pas le sentiment d'avoir reconnu leurs enfants à ce moment précis et par acte séparé (68). Par contre, le consentement requis dans notre matière, qui est par sa nature un consentement vicié, peut couvrir les tares dont les enfants nés antérieurement sont affligés, aussi bien qu'effacer les vices de ceux qui sont nés par la suite. Un mariage valable ne pourrait jamais effacer ces vices. Le Code, en attribuant pleine valeur juridique à ce consentement erroné, n'a certainement pas voulu faire obstacle à sa cause déterminante qui, dans la majorité des cas, n'a été autre que l'existence même des enfants à légitimer.

209. — Pour reprendre un mot de M. Geny, le problème semble avoir été « trop allégrement » résolu jusqu'à présent (69). Les partisans de l'extension de la légitimation aux enfants nés d'un mariage putatif, en dehors des hypothèses permises par l'art. 331, ne se sont nullement souciés de la difficulté juridique qu'offrait

(67) V. *suprà*, n° 67.
(68) Conforme à l'avis de M. Rouast, *Rev. crit.*, tome 44, p. 83 et dans Planiol et Ripert, tome II, *La Famille*, n° 327 ; Ed. Levy, *Tr. de la Lég.*, n° 306, p. 191-192.
(69) S. 1920, 1, 257.

l'art. 335. La prohibition de la reconnaissance des enfants incestueux ou adultérins, portée par cet article, constitue à n'en pas douter un obstacle juridique insurmontable qui s'oppose à cette extension (70), à moins d'admettre que tout mariage nul comporte la preuve de la filiation et, par conséquent, la reconnaissance adultérine et incestueuse, malgré l'art. 335. Dans ces conditions, il n'y aurait plus besoin, en cas de mariage putatif, d'une reconnaissance volontaire, car la reconnaissance se trouverait établie par les faits (71). Nous ne partageons pas cette dernière opinion et nous inclinons, de préférence, à adopter celle qu'ébaucha la Cour de Cassation, dans l'affaire Degas. Elle a l'avantage d'avoir mérité, dans le passé, le ralliement de quelques auteurs célèbres et, en outre, de puiser toute sa raison d'être dans le texte des articles 201 et 202. En somme, elle est la seule qui réponde aux exigences modernes de l'institution, qui implique dans tous les cas, qu'il s'agisse d'enfants naturels, adultérins dans le cadre ou hors du cadre de l'art. 331, une extension de la famille illégitime, au détriment de la famille légitime. Le voile et l'apparence du mariage couvrent indifféremment tous ces enfants, leur naissance est inévitablement défectueuse (72). A vrai dire, ces enfants ne pénétreront jamais dans la famille légitime, tout au moins pour l'avenir, ils jouiront uniquement de la légitimité avec les bénéfices qu'elle comporte. A l'opposé, les enfants légitimés de l'art. 331 rentreront dans le sein de la famille légitime. Il est donc raisonnable de les soumettre à l'épreuve de la légitimation, avec toutes ses formalités qui n'ont d'autre but que de prouver leur origine. Celle-ci étant supposée dans l'hypothèse du mariage putatif, ils pourront s'en passer et se voir attribuer directement la qualité de légitimes, pourvu que la possession d'état soit conforme. Ce sera dans le consentement et non dans la bonne foi de leurs parents qu'ils puiseront leur qualité d'enfants légitimes (73). Ce système laisse au magistrat une plus grande liberté d'appréciation. Dès qu'il aperçoit chez les époux les conditions requises par le Code, les effets du mariage putatif s'appliquent aux enfants, sans devoir dépendre de la situation légitime des parents. Que ceux-ci soient

(70) Note, M. Rouast, *Rev. crit.*, 1924, p. 79 ss.; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1915.
(71) V. *suprà*, n° 184, 1°.
(72) Colin et Capitant, *op. cit.*, tome I, n° 171, 1.
(73) Contra : Colin et Capitant, *op. et loc. cit.*

ou non pères d'autres enfants légitimes, au moment de la célébration du deuxième mariage, la faveur de la loi s'applique, et cette faveur ne peut exister qu'en entier et envers tous ceux qui remplissent la condition d'être issus des conjoints (74). Après tout, ces enfants répondent à la définition naturelle de la famille, qui n'est que l' « agrégation des individus unis par la communauté du sang » (75).

§ 2. — *Effets patrimoniaux produits à l'égard des enfants*

210. — En ce qui concerne les rapports patrimoniaux, l'enfant né d'un mariage putatif a la même situation que celui qui est né d'un mariage valable (art. 745 et ss.). Tel est le principe qui régit les rapports pécuniaires des enfants et des parents, à l'instar de leurs rapports personnels (76). En résumé, tous les droits de caractère pécuniaire sont attribués à l'enfant issu d'une union putative. Il jouit donc d'une situation sensiblement pareille à celle que prévoit l'art. 333, en faveur de l'enfant légitimé, non seulement à l'égard de ses auteurs, mais aussi à l'égard des familles de ces derniers. (Cpr. art. 357) (77).

211. — La vocation successorale est réciproque, tout comme pour la famille légitime, mais cette règle comporte néanmoins une exception qui résulte de la nature particulière du mariage putatif, en ce qui concerne l'époux de mauvaise foi. En effet, celui-ci est privé de tout droit de succession et, en premier lieu, de celui qu'il aurait dû avoir sur les biens de ses enfants, s'il avait été de bonne foi. Il n'y a, à notre connaissance, qu'un deuxième cas où le principe de la réciprocité a été écarté par le législateur : celui de l'article 358 du Code Civil, en matière d'adoption. Il est inutile d'insister sur les autres règles édictées pour la dévolution des biens dans la famille légitime (article 718 et ss.) ; ces

(74) V. cep. la note de M. Rouast, *Rev. crit.*, 1924, p. 82 ss.
(75) Colin et Capitant, *Introduction*, p. 152.
(76) Demolombe, *op. cit.*, tome III, n° 367, p. 540.
(77) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome I, n° 288 bis, IX, p. 431.
(78) Duranton, *op. cit.*, tome II, n° 364 ; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 335.

règles s'appliquent, de même que la fiction de la représentation (article 739 et ss). Ajoutons que les engagements solidaires contractés par les époux doivent être remplis par leurs enfants et que les sommes composant le passif de la succession doivent être acquittées en cas d'acceptation (79). Observons encore que les enfants putatifs doivent être considérés, en cas de remariage de leurs parents avec une troisième personne, comme étant des enfants d'un premier lit. D'un autre côté, ils bénéficient de la réserve des art. 913 et ss. et peuvent demander la réduction des libéralités excédant la quotité disponible (art. 921) (80). La déchéance qui est infligée au parent de mauvaise foi lui est strictement personnelle, et ne se transmet pas à ses ascendants et collatéraux, qui continuent à être habiles à recueillir les biens de ses enfants putatifs (81).

Au lendemain de la promulgation du Code, ces principes qui nous semblent aujourd'hui si évidents n'étaient cependant pas admis par les tribunaux. Il est intéressant d'examiner le bien fondé de leurs hésitations, concernant les droits successoraux des enfants sur les biens laissés par le parent de mauvaise foi (82). La cham-

---

(79) Trib. civ. d'Agen, 1re chamb. 27 juillet 1896, Clunet 1897, p. 802.

(80) Demolombe, *op. cit.*, tome III, nº 362, p. 534 ; Huc, *op. cit.*, tome II, nº 167 ; Mourlon et Demangeat, tome I, nº 701, p. 388 ; Gaudemet, Thèse citée, p. 141.

(81) Duranton, *op. cit.*, tome I, nº 365 ; Vazeille, *op. cit.*, tome I, nº 282 ; Demolombe, *op. cit.*, tome III, nº 372 ; Laurent, *Principes*, tome II, nº 508, p. 643-644 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, p. 53 et 54 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcades, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, nº 1924, 1º ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, nº 1113 ; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, nº 335.

(82) Avant la loi du 31 mai 1854 portant abolition de la mort civile (D. P. 1854, 2, 91), la question se posait de savoir si un individu frappé de cette peine, pouvait contracter un mariage valable. Quelques rares auteurs admettaient la validité de ce mariage : Toullier, *op. cit.*, tome I, nº 285 et la consultation signée Toullier, Malherbe, Corbière, Lesbaupin, Carré et Vatar, au S. 1819, 2, 117. La majorité des auteurs décidait cependant qu'un tel mariage devait être considéré comme radicalement nul : Merlin, *Répert.*, v. *Mariage*, sect. III, § 1 ; Locré, *Esprit du Code Napoléon*, art. 25, nº 111, 8e *effet* ; Duranton, *op. cit.*, tome I, nº 251 et tome II, p. 322, note 1 ; Delvincourt, *op. cit.*, tome I, p. 26, note 3 ; Vazeille, *op. cit.*, tome I, nºs 35, 84, 229 et tome II, nº 527 ; Magnin, *Tr. des Minorités*, tome I, nº 29, p. 35-36 ; Coin-Delisle, *Cours analytique du Code civil*, nº 33, p. 81. Une telle nullité, ne faisait pas obstacle à l'application de la théorie du mariage putatif, pourvu que l'autre époux eut été de bonne foi lors de la célébration du mariage. De même, la presque unanimité des auteurs et des arrêts reconnaissaient aux enfants issus d'une pareille union le droit de recueillir par succession les biens de leurs auteurs. Cpr. *Procès-verbal de la séance du 5 vendémaire an X*, 27 septembre 1801, Fenet, *op. cit.*, tome IX, p. 48 ss. ; Massé et Vergé sur Zachariae, *op. cit.*, tome I, p. 199, note I ; Allemand, *op. cit.*, tome I, nº 630 (ne leur accorde le droit successoral qu'à l'égard du parent de bonne foi) ; Marcadé, *op. cit.*, tome I, art. 201, nºs 691-692 ; Demolombe, *op. cit.*, tome I, nº 207 et tome III, nº 356, p. 526-527 ; Richelot, tome I, p. 173, cité par Demolombe, dern. *loc. cit.*, ; Taulier, *op. cit.*, tome I, p.

bre civile de la Cour de Cassation eut à intervenir dans l'affaire d'Orsay, où cette question fut âprement débattue. En avril 1799, le baron d'Orsay épousait, à Francfort-sur-le-Mein, la dame Eléonore de Franquemont, devant un prêtre catholique. Ils rentrèrent par la suite en France, où la femme mit au monde un enfant, Alfred d'Orsay. La succession du père venant à s'ouvrir, le différend éclata entre le fils, qui prétendait avoir des droits sur la succession de son père, et un légataire universel de ce dernier, le sieur Duval. Le tribunal de Saint-Omer débouta celui-ci de sa demande (83). Par contre, la Cour de Douai infirma le jugement de Saint-Omer dans ces termes : « *Attendu... que le mineur Alfred se prévaut vainement de la bonne foi de sa mère, parce que cette bonne foi, en la supposant même existante, a bien pu conférer le droit de légitimité et celui de succéder dans la ligne de sa mère, mais qu'elle n'a pu lui conférer le droit de successibilité dans la ligne de son père...* ». En conséquence, la Cour refusa à l'enfant l'action en pétition d'héridité. Ce fut alors que les deux thèses s'affrontèrent devant la Cour de Cassation, le défenseur de l'enfant soutenant que la bonne foi d'un seul des parents suffisait pour lui conférer des droits dans la succession de son père; celui du légataire universel, au contraire, invoquant la portée limitée des avantages que la loi a voulu attribuer à la bonne foi d'un seul des parents. Les conclusions du procureur général Mourre jetèrent un jour nouveau sur la question. Il faisait appel aux anciens principes et coutumes et terminait en disant que la Cour de Douai eût été plus conséquente avec elle-même, si elle avait refusé à l'enfant tout droit de succession. Voici dans quels termes la Cour trancha le différend : « *Considérant qu'il a été toujours de principe que la légitimité des enfants est indivisible; et que la légitimité est la source de la successibilité... qu'il n'existe aucune loi qui ait séparé*

321-322 ; Magnin, *Tr. des Minorités*, tome I, n° 29 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *op. cit.*, tome I, n° 350; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, p. 48; Bartin, sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, texte et note 3, p. 65 ; Coste, Thèse citée, p. 143. Cass. civ., 5 janv., 1816, S. 1816, 1, 81 et le réquisitoire de M. Mourre ; Req. rej., 16 juin 1929, S. 1929, 1, 211 ; Bordeaux, 10 août 1831, D. P. 1831, 2, 257 ; Toulouse, 26 mai 1837, D. P. 1837, 2, 153 ; Limoges, 5 janv. 1842, S. 1842, 2, 484 ; Trib. civ. de Sancerre, 24 avril 1844 ; Bourges, 17 févr. 1845, Req. rej., 9 nov. 1846, au D.P. 1846, 1, 337 ; Trib. civ. de Bruxelles, 5 déc. 1886, Pand. fr., 1887, 5, 9. De même le conjoint de bonne foi pouvait recueillir les biens qui se trouvaient dans la succession du mort civil : Trib. civ. d'Evreux, 24 juillet 1826 ; Rouen, 11 juillet 1827, D. P. 1828, 2, 79 ; Req. rej (sur ce point), 16 juin 1829, D. P. 1829, 1, 272.

(83) 8 août 1811, voir tous les arrêts cités dans cette affaire, sous Cass. civ., 15 janv. 1816, S. 1816, 1, 81. V. aussi, S. 1812, 2, 142.

la successibilité de la légitimité, dans le cas où, par la bonne foi de l'un des époux, le mariage contracté... rend légitimes les enfants qui en proviennent, qu'il y a par conséquent lieu d'appliquer à ce cas le principe de la successibilité, comme à tous les autres qu'aucune loi n'excepte ». Elle cassa donc l'arrêt en reconnaissant à la dame et à son enfant les droits dont ils se réclamaient (84).

Section II

EFFETS PRODUITS A L'EGARD DES EPOUX

212. — Tous les effets que le mariage putatif peut produire à l'égard des conjoints doivent dériver d'un droit déjà acquis au moment de l'annulation. Avant la célébration, il est trop tôt pour que leurs actes soient couverts par la bienveillance de la loi ; après la sentence du magistrat, la cause efficiente des effets, qui n'était autre que le consentement vicié, mais dont l'imperfection est restée ignorée par les époux, a atteint son plein épanouissement et elle disparaît. Mais s'il en est ainsi des droits patrimoniaux, il n'en est pas de même de leurs conséquences juridiques, qui se réalisent à l'époque prévue par la loi ou par la volonté des parties. Le mariage putatif agit donc ici, comme l'eût pu faire un mariage valable, sans que l'annulation du mariage intervienne en quoi que ce soit. On a voulu introduire des distinctions, qui à notre avis sont peu fondées en droit, entre les effets à l'égard des enfants et les effets à l'égard des conjoints. Les enfants jouiraient d'une situation légale définitive, *ne varietur,* tandis que la situation des

(84) Adde : *Exposé des Motifs*, Locré, *op. cit.*, tome IV, n° 56, p. 518 ; Toullier, *op. cit.*, tome I, n°s 664-66 ; Proud'hon, *op. cit.*, tome II, p. 5 ; Duranton, *op. cit.*, tome I, n° 259, tome II, n°s 365-366 ; Delvincourt, *op. cit.*, tome I, p. 384, note 5 ; Vazeille, *op. cit.*, tome I, n° 276 ; Demolombe, *op. cit.*, tome III, n° 362 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, p. 68 et tome V, p. 50 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1913 ; Coste, Thèse citée, p. 76 ; Millet, Thèse citée, p. 303 ; Gaudemet, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1910, p. 408 ss. Cass. civ rej., 21 mai 1810. Conf. sur ce point, C. de Turin, 11 juin 1808, S. 1810, 1, 325, D. P. 1810, 1, 317 ; Rouen, 7 déc. 1820, S. ch. VI, 2, 331 ; Bordeaux, 14 mai 1850, D. P. 1853, 11, 179 ; Bordeaux, 5 févr. 1883, Dalloz, *Répert.*, supp. v. *Mariage*, n° 319, 1° ; Alger, 5 avril 1906, *Rev. Alg.*, 1907, 2, 233 ; Cass. civ., 5 janv. 1910, S. 1912, 1, 249, note Naquet ; Nîmes, 1 ch., 27 oct. 1919, S. 1922, 2, 33, note Cuq ; Req. rej., 9 juillet 1935, D. H. 1935, 413.

conjoints ne serait que temporaire (1). Comme nous aurons l'occasion de nous en rendre compte, il n'en est rien, et la condition des uns, comme celle des autres, est aussi définitive que possible. Si certains aspects de la qualité dont la loi les pare, grâce à leur bonne foi, sont susceptibles de disparaître à certains instants de leur vie civile, tel le titre d'époux, cela tient moins à l'esprit de l'institution du mariage putatif, qu'à son caractère temporaire et limité. La qualité d'époux qu'ils ont acquise pendant leur mariage cesse sans doute à partir de l'annulation du mariage, ce qui ne les empêche pas de se prévaloir de cette qualité, toutes les fois que se produit un acte juridique mettant en cause leur ancienne condition. D'autre part, si la condition acquise par les enfants demeure stable, au moins tant qu'elle se rapporte à la légitimité et à ses conséquences pécuniaires, il n'en est pas de même d'un grand nombre d'effets touchant leur personne, qui peuvent varier à l'égard de celui des parents qui est déclaré de mauvaise foi.

§ I. — 1re *Hypothèse : Les deux époux sont de bonne foi*

213. — Pour des raisons de clarté et de méthode, nous abandonnerons le plan suivi dans la section I de ce chapitre, où nous avons examiné le sort des enfants, en analysant séparément leurs droits personnels et leurs droits patrimoniaux, pour suivre ici un autre plan plus conforme à cette partie de notre ouvrage. Depuis la rédaction du Code, les auteurs distinguent soigneusement, en effet, les effets relatifs aux époux, selon que les deux époux sont de bonne foi, ou que l'un d'eux ignore l'empêchement. Cette division nous semble parfaitement conforme à l'esprit et à la disposition des articles 201 et 202. Dans ce paragraphe, nous aurons donc exclusivement en vue l'hypothèse envisagée par l'art. 201.

Dans cette hypothèse, le mariage putatif engendre les mêmes effets qu'un mariage valablement formé, dont la dissolution se serait opérée au moment où a été rendu le jugement qui prononce la nullité (2). Le jugement d'annulation, la cessation de la bonne foi et l'épuisement des effets civils sont donc, en droit, concomittants. Ces trois événements sont intimement liés les uns aux

(1) Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 865, B, 2e, p. 449.
(2) V. *suprà*, nos 186 ss. Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, p. 51, texte et note 14.

autres, et ils ne disparaissent, dans le temps, qu'à partir du même moment. Cette similitude de situation avec le mariage régulier a pu suggérer à certains l'idée qu'il vaudrait mieux valider l'union (3). Cette opinion révèle une notion imprécise des choses. Le droit civil, à l'encontre du droit canonique, ne pourrait jamais accepter la théorie d'une *sanatio in radice,* basée sur la seule croyance des époux en la validité de leur acte, sans renier les principes juridiques qu'il vient lui-même d'établir. Tout autre est la situation, dans la matière du mariage putatif. Les effets de l'union sont maintenus en droit dans le passé, alors qu'ils se sont déjà réalisés en fait, mais l'on ne voit pas sur quelle base la loi aurait pu se rendre complice, pour l'avenir, de ceux qui la violent sciemment. La transformation d'un état de fait en droit est donc possible et juridique, mais non celle d'un état illégal qui ne s'est pas encore manifesté en fait.

1° Effets généraux

214. — Une fois l'annulation du mariage prononcée, la vie conjugale cesse, et d'une façon plus particulière, la qualité d'époux disparaît pour l'avenir. *Tous les devoirs moraux s'évanouissent, ni fidélité, ni secours, ni assistance* (art. 212) *ne sont plus dus.* Cette conséquence radicale résulte du fait que l'état de mariage, même relâché, que suppose la séparation de corps, ne se rencontre pas ici. La plus complète indépendance règne dans les rapports des anciens conjoints. D'autre part, les effets du mariage, quoique droits incontestables, ne sont pas acquis irrévocablement ; c'est pourquoi ils cessent d'exister dès le jour de l'annulation (4). Il en est de même du droit à la protection et du devoir d'assistance que la femme pouvait réclamer de son mari, en vertu de l'ancien art. 213, modifié par la loi du 18 février 1938. Aussi, la femme reprend son indépendance et le mari perd la qualité de chef de famille. Le choix du domicile lui est définitivement enlevé, puisque la femme n'est plus tenue de le suivre, ni de cohabiter avec lui (5).

---

(3) Jaubert, Thèse citée, p. 185.
(4) Laurent, *Principes,* tome II, n° 510, p. 646-647 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.,* tome III, *Des Personnes,* n° 1923 ; Carteron, Thèse citée, p. 74.
(5) Josserand, *op. cit.,* tome I, n° 863, 3, p. 447.

215. — Tant qu'ils sont restés unis, le mari pouvait invoquer l'ancienne incapacité de la femme mariée, de l'art. 215, 216 et 217 C. C., mais la femme devenait pleinement capable, du moment qu'elle était libre de se remarier avec une troisième personne (6). Sous l'empire de la loi du 18 février 1938 (7), les choses ne se passent pas autrement, avec la réserve que l'incapacité ne peut résulter que de limitations légales ou du régime matrimonial adopté par les époux (art. 215, al. 2 nouveau). Ni le mari ni la femme ne pourront désormais se prévaloir de ces conventions, pour les actes passés avec des tiers, à une époque postérieure à l'annulation. D'autre part, l'action tendant à contester la validité des conventions qu'ils ont pu passer avec des tiers avant le jugement, peut être intentée conjointement par les deux époux (8).

216. — Une question épineuse est celle du nom que doit prendre l'ancienne femme. Nous sommes d'avis qu'il s'agit là d'un droit définitivement acquis par la femme, ainsi que pour le mari qui a pris l'habitude de faire suivre son nom de celui de sa femme. A ce titre, ce droit devrait leur être conservé (9). L'application du deuxième alinéa de l'art. 299, modifié par la loi du 6 février 1893, proposé par certains auteurs (10), nous paraît contestable. La reprise automatique de leurs noms par les époux ne pourrait s'expliquer que par le fait d'une vraie dissolution du mariage qui serait semblable, à ce point de vue, à celle qui survient lors du divorce. Mais il ne faut pas perdre de vue que, même en cas de divorce, la femme peut continuer à porter le nom de son mari, si celui-ci y consent (11). C'est la preuve qu'il ne s'agit pas d'une interdiction d'ordre public. D'autre part, on a aussi invoqué la confusion qui résulterait aux yeux du public de cette survivance du nom qui pourrait faire croire au maintien du mariage (12). Cette objection n'est nullement décisive, puisque bien d'autres

---

(6) *Adde:* art. 1124, 1125. V. Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 863, 2, p. 447 ; Carteron, Thèse citée, p. 76-77.

(7) V. Suzanne Grinberg et Odette Simon, *Les Droits nouveaux de la Femme mariée*, p. 20-39.

(8) Huc, *op. cit.*, tome II, n° 168 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, n° 1116.

(9) Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, tome I, n° 633, p. 516. Contra : Rouast dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 330.

(10) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1921.

(11) Cass. civ., 20 févr. 1924, S. 1924, 1, 335.

(12) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. et loc. cit.*

effets, qui subsisteront pour l'avenir, notamment à l'égard des enfants, mériteraient *a fortiori* ce reproche. En tout cas, si la femme est seule de bonne foi, on ne voit pas très bien comment faire pour lui dénier le droit de choisir entre son nom de fille et son nom de femme (13). Il devra en être de même si son mari est déjà décédé, au moment du jugement déclarant son mariage nul, mais putatif. Cette conclusion n'est pas seulement conforme à la logique et à la nature de notre institution qui commande l'application des mêmes effets qu'en cas de mariage valable, mais elle est surtout conforme à la tradition de l'Ancien Droit (14). Nous sommes d'avis, par conséquent, qu'en dehors de toute considération d'ordre pratique, il faut pencher en droit pour cette solution logique et simple.

217. — Il nous reste à élucider un problème qui a beaucoup occupé les auteurs. Il s'agit du devoir alimentaire entre ces prétendus époux, et du droit successoral que la loi a voulu leur accorder, après l'annulation de leur mariage. Nous passerons successivement en revue ces deux questions, qui ne peuvent manquer d'intéresser les juristes et les praticiens. On sait que le devoir de se porter mutuellement secours, en cas de mariage, comporte, entre autres obligations, celle de se fournir des aliments. La loi a d'ailleurs poussé très loin ce devoir puisqu'elle considère qu'il doit subsister en dépit de la dissolution du mariage par le divorce (Art. 205, 212 et 301). Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour l'étendre, malgré l'étroitesse des textes, au cas de séparation de corps ou de conversion de séparation de corps en divorce (15). Encore que la séparation de fait n'ait aucune valeur juridique et que la jurisprudence dénie toute efficacité juridique à la convention qui serait intervenue pour la consacrer et pour l'aménager, il est admis qu'elle peut être l'occasion d'une pension alimentaire (16).

---

(13) Contra : Rouast dans Planiol et Ripert, *op. et loc. cit.*

(14) V. *suprà*, n° 68.

(15) Josserand, *op. cit.*, tome I, n°s 1142 ss. ; Colin et Capitant, *op. cit.*, tome I, p. 337 ; Rouast dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 707 ; Req., 8 juillet 1850, D. P. 1850, 1, 225.

(16) Josserand, *op. cit.*, tome I, supp. n° 707 ; Aix, 17 févr. 1871, D. P. 1872, 2, 64 ; Paris, 16 déc. 1914, D. P. 1917, 2, 82 ; 3 déc. 1921, D. P. 1921, 2, 151. Contra : Paris, 29 août 1857, D. P. 1858, 1, 335; Cass. civ., 1er juin 1929, D. P. 1931, 1, 79.

Que faut-il décider dans notre matière ? Dans le silence des textes, il ne reste qu'une solution : se référer à la nature de cette pension alimentaire. La doctrine semble presque unanime pour lui attribuer le caractère d'une indemnité délictuelle. Plus exactement, disons qu'elle y voit la sanction d'un délit civil. Certains auteurs, cependant, soutiennent une opinion plus nuancée et considèrent cette pension comme un substitut ou une prolongation du devoir de secours, auquel sont soumis les époux pendant le mariage (17). Nous nous rendons compte qu'aucune de ces positions ne convient au cas du mariage putatif. En premier lieu, il ne peut être question d'admettre une pension alimentaire basée sur la faute délictuelle, alors que les deux conjoints sont de bonne foi. Quant au devoir de secours en deuxième lieu, nous avons dit qu'il cesse d'exister, il ne peut donc servir de support au droit à une pension (18). Par contre, dans l'hypothèse envisagée par la loi du 9 mars 1891, qui est venue modifier l'art. 205, on se trouve en présence d'une pension dont la nature ne semble pouvoir être rattachée ni à la faute de l'un des époux, ni au droit de secours fondé sur le mariage. Il convient de remarquer que, dans cette hypothèse, le mariage vient d'être dissous par la mort naturelle de l'un des conjoints, ce qui rapproche la situation de celle où se trouve l'époux putatif après l'annulation de son mariage. Aussi, nous n'hésitons pas à reconnaître à l'époux putatif un droit à une pension alimentaire. Cette pension peut tout d'abord lui être accordée si le décès de l'époux prémourant vient à se produire avant l'annulation du mariage. Dans ce cas, l'époux putatif se trouve dans la situation d'un époux survivant, à qui la loi alloue des aliments prélevés sur la succession de l'époux prédécédé (19). Mais il faut aller plus loin et décider que même si l'un des époux vient à décéder après l'annulation du mariage, l'autre conserve son droit de réclamer des aliments. Seulement, dans ce dernier

---

(17) Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 1144, p. 593 ; *Sic*, Ripert, note au D. P. 1928, 1, 5 ; J. Vandamme, note au D. P. 1938, 1, 37. Contra : Bartin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, p. 71 ,note 17 bis. Cpr. ce même auteur § 470, texte p. 70-71. Rouast dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n°s 330 et 637.

(18) Rouast dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famile*, n° 336, note 2, p. 262 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1929. Contra : Gaudemet, Thèse, p. 107. Sur la nature mixte de la pension fondée sur l'art. 301 : Ripert, *loc. cit.* Rouast, *op. cit.*, n° 637 ; P. Gervésie, *Pension alimentaire après Divorce*, Thèse Lyon, 1928 ; G. Laguette, *Les rapports pécuniaires des époux...*, Thèse, Paris, 1938. Cpr. Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 1173, p. 610.

(19) Huc, *op. cit.*, tome II, n° 164.

cas, pour éviter qu'il attende trop longtemps, il nous semble qu'il vaudrait mieux invoquer l'art. 301, dont les termes sont plus généraux. Si l'on nous objecte que ces deux sortes de pension, celle de l'art. 301 et celle de l'art. 205, sont fondées sur le devoir de secours entre époux, et que nous nous mettons en contradiction avec nous mêmes, du moment que nous avons reconnu que ce devoir cessait entre les conjoints, à partir du jugement d'annulation, nous répondrons que le demandeur n'invoque nullement une qualité présente, mais une qualité passée qui lui a conféré définitivement ce droit. Combien la situation de l'époux putatif est plus digne de pitié et d'estime que celle de l'époux divorcé, à qui la loi confère une pension alimentaire. L'équité se joint à la logique pour accorder à l'époux putatif une pension alimentaire, soit sur le patrimoine de son conjoint, si celui-ci est vivant, soit sur sa succession, s'il est décédé (20).

218. — Cette pension, allouée à titre de survivance du droit de secours, ne doit pas être confondue avec les droits aux dommages et intérêts de l'art. 1382 C. Civ. (21). Remarquons cependant qu'il est assez difficile de faire jouer ce dernier article lorsque les deux conjoints sont de bonne foi. La question ne semble pas avoir intéressé les auteurs, mais nous pensons que, s'il est possible de distinguer un préjudice moral, résultant de l'annulation, indépendamment de la croyance des époux, dans la validité du mariage, il n'y a pas de raison pour refuser cette réparation. Nous reviendrons sur cette question lorsque nous étudierons la situation de l'époux de bonne foi (22).

219. — Examinons maintenant le droit successoral des époux. Il n'y a pas de difficulté lorsque la succession de l'époux prédécédé vient à s'ouvrir avant l'annulation du mariage. Dans cette hypo-

---

(20) Beudant, *op. cit.*, tome I, n° 633, p. 516 ; Bartin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, texte et note, p. 70-71 ; Josserand, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1906, p. 391 ss. Rouen, 6 avril 1887, D. P. 1889, 2, 17 ; Paris, 16 janvier 1895, D. P. 1895, 1, 258 ; Trib. civ. de Bordeaux, 10 mars 1896, *Journ. des Arrêts de la C. d'A. de Bordeaux*, 1896, 2, 68 ; Trib. civ. de la Seine, 24 nov. 1903, *Le Droit*, 17 févr. 1906. Contra : Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1923 ; Rouast dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 330 ; Arthaud, Thèse citée, p. 186 ; Carteron, Thèse citée, p. 84. Trib. civ. de Tizi-Ouzou, 20 juin 1878 et Alger, 26 mai 1879, D. P. 1880, 11, 161, note ; J. du P., 1879, 1123 et la note en sens contraire de M. Labbé.

(21) V. Trib. civ. de Bordeaux, 10 mars 1896, *loc. cit.*

(22) V. *infrà*, n° 232.

thèse, l'époux survivant conserve, suivant l'avis unanime des auteurs, l'émolument successoral de l'art. 767 C.C. (23). Ce droit apparaît alors comme un effet normal du mariage, effet qui s'est produit irrévocablement avant l'annulation. Les biens de la succession sont entrés définitivement dans le patrimoine du conjoint survivant et il n'y a pas lieu d'y revenir.

Par contre, si la succession vient à s'ouvrir après le jugement d'annulation du mariage, la presque unanimité des auteurs reconnaît que l'époux survivant, ayant perdu auparavant le titre d'époux qui lui donnait droit à la succession de son conjoint, ne peut recueillir les biens qui se trouvent dans la succession de ce dernier. Des raisons d'ordre différent ont été invoquées pour opérer cette distinction dans le temps, distinction qui, à vrai dire, ne trouve pas de fondement sérieux dans les textes.

220. — Certains auteurs ont dit qu'il était loisible aux époux de se remarier (24). Cet argument ne mérite pas d'être réfuté, la liberté et le consentement au mariage seraient menacés s'il fallait admettre la vérité de cette objection. D'autres, beaucoup mieux avisés, ont pris en considération l'état des époux divorcés qui, comme on le sait, perdent toute vocation successorale (25). Mais ceci nous ramène à une question plus générale qui consiste à savoir si le mariage putatif doit être modelé de force sur le divorce. Les auteurs semblent l'admettre implicitement. Nous avons dit, au début de ce chapitre que, s'il était exact, à maints égards, de

---

(23) Toullier, *op. cit.*, tome I, n° 698 ; Allemand, *op. cit.*, tome I, n° 625 ; Vazeille, *op. cit.*, tome I, n° 284 ; Delvincourt, *op. cit.*, tome II, p. 78 ; A. Valette, *op. cit.*, p. 305 ; Valette sur Proudhon, *op. cit.*, tome I, p. 3, note a ; Duranton, tome II, n° 369 ; Massé et Vergé sur Zachariae, *op. cit.*, tome I, p. 200, note 6 ; Demolombe, *op. cit.*, tome III, n° 370, p. 541-542 ; Chabot, *Des Successions*, tome II, art. 767, n° 5 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, p. 52 ; Huc, *op. cit.*, tome II, n°s 166 ; Bartin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, p. 70, note 17 ; Mourlon et Demangeat, *op. cit.*, tome I, p. 388 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, n° 1110 bis ; Rouast dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 330 ; Colin et Capitant, *op. cit.*, tome I, n° 171, 2, D ; et III, n° 577, a ;Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 862, 1, p. 447 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n°s 1920, 1922 et 1929 ; Arthaud, Thèse cit., p. 186 ; Carteron, Thèse cit., p. 75 et 84 ; Lagarde, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1935, p. 815-816. Contra : admettent ce droit dans tous les cas : Laurent, *Principes*, tome II, n° 511, p. 647 ss. ; et *Avant-Projet de révision du Code civil*, tome II, art. 195, 4e al., obs. n° 3 ; Gaudemet, Thèse cit., p. 109 ss. Cpr. Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome I, n° 288 bis, VIII, p. 430 ; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, tome I, n° 633, p. 516.

(24) Vazeille, *op. et loc. cit.*

(25) Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V et VII, *loc. cit.* ; Planiol et Ripert, *op. et loc. cit.*

considérer le mariage putatif comme un mariage dissous, ce n'était qu'en établissant une réserve primordiale qu'il ne faut jamais perdre de vue si l'on veut construire une théorie souple et harmonieuse. Les rapprochements, que l'on peut être tenté de faire avec la dissolution du mariage par le divorce, ne reposent nullement sur la loi, mais sont uniquement commandés par des raisons d'utilité pratique. Dans l'hypothèse du divorce, les liens du mariage sont dissous, avec l'affection que les conjoints ont pu se porter l'un l'autre, pendant les années du mariage. En outre, une pareille dissolution suppose que l'un des conjoints, et le plus souvent les deux conjoints, ont des reproches et des griefs à s'adresser, ce qui n'est presque jamais le cas dans notre hypothèse. Ici, à supposer que l'un des prétendus époux soit de mauvaise foi, cela ne veut pas dire, le moins du monde, qu'il soit fautif du point de vue conjugal.

Il est impossible, a-t-on ajouté, d'attribuer à l'époux putatif des droits successoraux, puisque, par la force même des choses, il s'en voit privé aux termes des articles 723 et 767 C. C. En effet, ces articles ne confèrent la vocation successorale qu'à « l'époux survivant ». Qu'est-ce à dire, sinon qu'il ne s'agit pas de celui qui « a été époux » à un certain moment, mais bien de celui qui l'est effectivement au décès du prémourant (26). Aussi raisonnable que cette objection puisse paraître à première vue, elle n'est pas moins fallacieuse. En effet, il en est de même dans le cas de l'institution contractuelle (art. 1093), des avantages matrimoniaux, des gains de survie et enfin du préciput conventionnel (cpr. art. 1518) ; or, nous verrons ci-dessous que ce sont des droits qu'on accorde unanimement à l'époux putatif. Pourtant les situations sont identiques. Nous verrons que si l'époux putatif a droit à ces divers avantages, c'est en se conformant aux clauses stipulées par la volonté des parties, ce qui revient à dire qu'il doit attendre le moment normal de leur réalisation. Bien souvent, donc, il arrive qu'il ne conserve plus son titre d'époux à ce moment précis, en raison du jugement d'annulation passé en force de chose jugée, intervenu dans l'intervalle. On a voulu réfuter cet argument par le raisonnement suivant (27). Les situations seraient différentes, c'est la volonté contractuelle qui le veut ainsi dans l'hypothèse de l'art.

(26) Coste, Thèse cit., p. 85.
(27) Demolombe, *op. cit.*, tome II, n° 370, p. 541-542 ; Coste, Thèse cit., p. 85.

1093, or cette volonté n'a nullement à intervenir ni sous forme expresse, ni sous forme tacite, lorsqu'il s'agissait de la dévolution successorale, qui n'est que l'effet de la loi. Voilà, à notre avis, un très mauvais argument. Certes, leurs sources diffèrent, mais tant la loi que la volonté des parties ne veulent gratifier que l'époux survivant. La question qui se pose n'est autre que celle de savoir si l'époux putatif peut avoir cette qualité. Pour résoudre ce problème nous ne voyons qu'une solution. La vocation successorale est-elle un droit acquis ? Oui, a-t-on répondu, lorsque le prémourant vient à mourir avant l'annulation, de la sorte l'époux putatif ne fait que conserver un droit acquis. Non, si c'est l'hypothèse contraire qui se produit (28). Cette distinction des faits juridiques basée essentiellement sur l'élément matériel de la rentrée en possession des biens du *de cujus,* ou sur l'élément de sa mort physique, est, avouons-le, un peu déplacée. Elle néglige cette idée que le droit qu'elle confère, sous certaines conditions, à l'époux survivant et la vocation successorale sont des effets civils du mariage : « *quae sunt moris et consuetudinis, in contractibus tacite veniunt.* »

Le droit successoral ne peut être acquis dans une hypothèse et non acquis dans l'autre, si l'on pense qu'il se produit par le simple fait que le prémourant meurt avant ou après le jugement qui déclare la putativité du mariage. Pour nous c'est un droit acquis, dans tous les cas, en ce sens, que la vocation successorale comporte à partir de la célébration du mariage, un droit virtuel, une expectative de droit, laquelle doit être satisfaite, à moins de disposition contraire de la loi, qui ne fait jamais défaut lorsque les actes des époux impliquent une volonté nettement marquée dans le sens opposé (Art. 767, al. 1 et 2). Or, les époux putatifs n'invoquent pas la qualité actuelle des époux, mais celle passée, et qu'aucun acte brutal, comme est le divorce, n'est parvenu à effacer. Au législateur ils tiennent ce langage : nous avons été à un certain moment sous la protection de la loi en qualité d'époux, nous avons certes perdu cette qualité, accordez-nous les avantages que vous nous avez promis à ce moment-là, et qu'il ne dépendait pas de notre volonté d'obtenir et de conserver. Ils tiennent ce même langage aux tiers lorsqu'il s'agit de bénéficier de l'art. 1093 C. Civ.

---

(28) Chabot, *op. cit.*, tome II, art. 767, n° 5.

On pourrait sans doute objecter que la vocation successorale est inhérente à la *qualité d'époux*. Mais l'objection n'en serait pas moins inconsistante. Nous pourrions citer maints exemples qui prouvent le contraire. En cas de séparation de corps, la qualité d'époux continue à appartenir au survivant (29), ce qui n'a pas empêché le Code de le priver de la succession dans un cas bien déterminé (Art. 767, al. 2 modifié par L. 14 juillet 1866). Mieux encore, et ceci doit suffire pour assimiler la situation de l'époux putatif à celle des enfants, les enfants de l'ancien mort civil, tout en continuant à être considérés à son égard, comme des enfants légitimes, n'étaient pas moins privés du droit de lui succéder (Anciens art. 25, 2 al., et 33) (30). C'est bien que la qualité d'héritier peut être parfois détachée du droit successoral. Pourquoi ne pas admettre l'hypothèse contraire, et dire que les époux conservent leur droit réciproque de succession en dépit de la perte de la qualité d'époux, alors surtout qu'il est infiniment probable qu'ils n'ont pas commis pendant leur vie conjugale, l'imprudence des époux séparés de corps, visée par l'art. 767, 1er et 2e al. C'est là encore un point qu'il faut souligner. L'époux survivant, quoique putatif, est peut-être la dernière personne qui a accompagné dans ses derniers instants le *de cujus ;* il est donc juste de lui attribuer le prix de l'affection qu'ils se sont manifestée jusqu'à leur dernière minute.

C'est en prenant en considération cette argumentation, et en rejetant l'idée malencontreuse de fiction, invoquée par nos prédécesseurs (31), que nous admettons le droit successoral de l'époux putatif, dans tous les cas, sans distinction fondée sur la date de la mort du prémourant. Cette date est donc sans aucune influence dans la matière du mariage putatif. Le conjoint survivant, aussi bien que les enfants, ont acquis le droit de se prévaloir d'un état qui puise sa force dans le mariage. Nous concluons en souhaitant l'intervention du législateur dans le sens préconisé par Laurent : « Les époux peuvent invoquer leur mariage putatif pour leur droit de succession » (32).

221. — Quant au régime matrimonial, légal ou conventionnel,

(29) Colin et Capitant, *op. cit.*, tome III, n° 577, C, p. 438.
(30) P. Gaudemet, Thèse citée, p. 112.
(31) Laurent, *op. et loc. cit.* ; P. Gaudemet, Thèse cit., *loc. cit.*
(32) Laurent, *Avant-Projet*, art. 195, 4 al

il n'offre ici aucune particularité digne d'être soulignée. Disons cependant que, contrairement à certains auteurs, nous pensons que les art. 1465, 1481 et 1570 C. C. doivent recevoir leur entière application, à l'égard de la femme putative (33). D'autre part, il nous paraît logique de rapprocher, aux fins de renonciation à la communauté, sa situation de celle de la femme divorcée ou séparée de corps (34). De même le partage de la communauté s'effectue comme s'il s'agissait d'un divorce (35). Ce sera, par conséquent, l'article 1463 et non l'art. 1456 auquel on devra se rapporter dans notre matière.

222. — Poursuivant notre examen des rapports pécuniaires des époux, nous observons les règles suivantes. Tout d'abord les époux putatifs conservent les avantages qu'ils se seraient mutuellement faits, pour les exercer à l'époque à laquelle le droit à ces avantages se serait ouvert si le mariage avait été valablement contracté. (Adde : art. 1093 et 1516 C. civ.) (36). D'autre part, et ceci se rapporte déjà aux tiers, les époux, nonobstant l'art. 1088, conservent, après l'annulation de leur mariage, les donations qui leur auraient été faites en vue du mariage (37). Pour obtenir ce résultat, on a dit, notamment : *non est eadem ratio.* Nous pensons cependant qu'il est plus exact d'affirmer que l'art 201 C. civ. contient une dérogation tacite, mais très certaine, à l'art. 1088 C. civ., en raison de la généralité de ses termes.

223. — La libre circulation des biens à titre onéreux est rétablie entre les anciens époux et l'art. 1595 n'a donc plus de raisons d'être invoqué (38). Cette règle traditionnelle (39) ne pourra être invoquée que par celui des époux qui a ignoré l'empêchement ou le vice ayant entaché l'union (40), et dans la mesure où l'aliénation a été consentie pendant la période du mariage. En ce qui

---

(33) Contra : Allemand, *op. cit.*, tome I, n° 620 ; P. Gaudemet, Thèse cit., p. 116 ; Carteron, Thèse cit., p. 78.
(34) Gaudemet, Thèse cit., p. 116 ; Carteron, Thèse cit., *loc. cit.*
(35) Marcadé, *op. cit.*, tome I, art. 201, n° 699. Cpr. Coste, Thèse cit., p. 82.
(36) Toullier, *op. cit.*, tome I, n° 661 ; Duranton, *op. cit.*, tome II, n° 367 ; Demolombe, *op. cit.*, tome III, n° 369, p. 541 ; Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 862, 4°, p. 447. Coste, Thèse cit., p. 84 et 85.
(37) Aubry et Rau, tome V, p. 52, note 16 et tome VII, p. 70, note 16.
(38) Carteron, Thèse cit., p. 77. Cpr. P. Gaudemet, Thèse cit., p. 122.
(39) V. Pothier, *Don. entre mar. et fem.*, n° 78.
(40) P. Gaudemet, Thèse cit., p. 122 ; Carteron, Thèse cit., p. 89.

concerne l'époux fautif, la vente qu'il a pu consentir à la personne avec laquelle il vivait en concubinage, ne déroge pas aux règles du droit commun (art. 1594). Son maintien s'impose. Tout autre est la situation, lorsqu'il s'agit d'une vente que l'époux innocent a pu consentir pendant son mariage, soit comme vendeur, soit comme acheteur. Dans ces deux hypothèses, il ne fait qu'invoquer son incapacité contractuelle d'époux, telle qu'elle est définie par l'art. 1595 C. C.

2° Effets spéciaux : les droits des époux putatifs sur leurs enfants, le problème de l'alliance et le délai de viduité

224. — Les rapports des parents et des enfants continuent à être régis comme par le passé, tant au point de vue pécuniaire qu'au point de vue personnel. Cependant des difficultés surgissent en ce qui concerne la garde et la surveillance des enfants, du fait que la vie familiale est brisée à partir du jugement. Le Tribunal conserve, d'après nous, toute la latitude que la loi lui octroie en cas de divorce. Mais le critérium dont il dispose dans ce dernier cas, la conduite fautive des époux, lui fera défaut dans notre hypothèse, les deux conjoints se trouvant placés envers leurs enfants sur un pied d'égalité. Nous estimons que le juge doit s'inspirer, lorsqu'il s'agit de la garde et de la surveillance des enfants, moins de la personne des parents que de celle des enfants ; il devra notamment, tenir compte de l'âge et du sexe de ces derniers. La puissance paternelle, l'administration des biens et la jouissance légale ne souffrent donc aucune dérogation (41).

225. — L'attitude qu'il faut prendre quant à la subsistance de l'alliance en cas de mariage putatif préoccupe à bon droit les auteurs. Le Code a, en effet, passé sous silence l'hypothèse de cet empêchement en cas d'annulation simple du mariage. On sait que l'Ancien Droit, à la suite du Droit Canon, considérait que le simple commerce charnel, indépendamment de tout mariage valable, engendrait une affinité naturelle entre chacun des époux et les parents de l'autre (42). Il n'a pas manqué d'auteurs pour sou-

---

(41) V. Coste, Thèse cit., p. 81-82.
(42) Pothier, *Tr. du contr. du Mar.*, n° 162. Cpr. Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, n° 653.

tenir, après la rédaction du Code Civil, que la célébration publique crée aujourd'hui cet effet naturel (43).

Quoi qu'il en soit, les interprètes modernes ont construit trois théories différentes, pour résoudre le problème, en cas de mariage nul ; elles se rattachent toutes aux articles 161 et ss. : 1) Le fait que la nullité fait disparaître tous les effets civils du mariage (arg. a contr. 201) entraîne, par conséquence, la disparition de l'affinité (44) ; 2) La nullité ne détruit pas l'affinité naturelle que produit la *copula carnalis* des deux époux, et cette affinité constitue dès lors un empêchement au mariage (45) ; 3) D'autres auteurs font une distinction suivant qu'il s'agit d'un mariage simplement déclaré ou d'un mariage annulé mais déclaré putatif. C'est seulement dans la première de ces hypothèses qu'il subsisterait un empêchement au mariage (46). Les partisans de cette troisième théorie ne sont pas très fermes dans leurs convictions, comme le montre le fait que l'un d'eux proposa une théorie transactionnelle, qui d'ailleurs ne repose sur aucun fondement rationnel (47). En cas d'application de l'art. 201, l'empêchement serait dirimant, mais il ne serait que prohibitif là où cet article ne s'applique pas.

La troisième théorie est la seule qui nous intéresse directement dans cette étude. Le moins que l'on puisse en dire, c'est qu'elle aboutit à des conséquences inacceptables, lorsqu'il s'agit d'envisager les choses sous l'angle de la bonne foi unilatérale. En effet, si l'un seul des époux est de bonne foi, le maintien en sa faveur de cet empêchement, au lieu de le favoriser contribuera à le gêner. Par contre, le conjoint de mauvaise foi se verra délier de tout lien tenant à son ancienne union et, de ce fait, il sera favorisé, ce

---

(43) Zachariae, *op. cit.*, tome III, § 461, p. 251, note 9. Contra : Piedelièvre, Thèse cit., p. 43-44.

(44) Huc, *op. cit.*, tome II, n° 62 ; Laurent, *op. cit.*, tome II, n° 353, p. 466 ; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, tome I, n° 289, p. 407 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, tome I, édit. 1908, tome III, n° 1545, p. 183, et n° 1896, p. 490.

(45) Glasson, *op. cit.*, n° 163, p. 276 ; Aubry et Rau, tome V, 4e édit., § 461, p. 57, note 12 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome I, n° 217 bis, 11 ; Fuzier-Hermann et Demogue, *Cod. civ. ann.*, art. 161, n° 13 ; note au S. 1808, 2, 274 ; Piedelièvre, Thèse cit., p. 45.

(46) Duranton, *op. cit.*, tome II, n° 159, p. 120 ; Demolombe, *op. cit.*, tome I, nos 112 et 347 ; Pilastre, Thèse cit., p. 186 ; P. Gaudemet, Thèse cit., p. 107 ; Carteron, Thèse cit., p. 95-97.

(47) Duranton, *op. et loc. cit.*

qui va à l'encontre de l'esprit et de la lettre de l'art. 202. Voici comment s'expriment à ce sujet MM. Aubry et Rau (48) :

« La distinction... est fondée sur une application, selon nous, erronée des articles 201 et 202, dont l'unique objet est de faire maintenir au profit de l'époux les effets civils que le mariage a produits, jusqu'au moment de son annulation. Ce serait aller directement contre les dispositions de ces articles, et en étendre illégalement la portée, que de faire découler, au détriment de ce même époux, un empêchement qui continuera à subsister après l'annulation du mariage... Ne serait-il d'ailleurs pas bizarre, que l'époux de mauvaise foi fût autorisé à se marier avec un parent de son conjoint, et qu'il y eût pour l'époux de bonne foi empêchement légal de contracter mariage avec un parent de celui de mauvaise foi ? (49). Quant à la distinction proposée entre empêchement prohibitif et empêchement dirimant, elle a été ruinée à notre avis, par la judicieuse observation de MM. Aubry et Rau (50) : « Ou l'empêchement existe ou il n'existe pas, s'il existe on ne voit pas pourquoi, dirimant en cas de bonne foi, il serait simplement prohibitif dans celui de mauvaise foi. » Ces observations nous font comprendre mieux que tout autre commentaire, la fausseté de cette troisième théorie. Nous concluons donc à l'inexistence d'un tel effet en cas de mariage putatif, et ceci non uniquement pour les raisons sus-indiquées, mais encore pour la raison qu'il ne se rencontre pas en cas de mariage nul. Les rapports charnels hors mariage n'ont pas mérité de la part du législateur de 1804, la moindre allusion ; ce silence doit s'entendre, à notre avis, dans le sens qu'il n'est pas possible de leur attribuer aucun effet juridique (51).

226. — Le critérium, dont nous nous sommes servis dans le paragraphe précédent, est mis en échec lorsqu'il s'agit de savoir si le délai de viduité imposé à la femme par l'art. 228 doit être appliqué. Il est évident que si l'on se décide pour l'affirmative la femme se verra traiter défavorablement. Cependant c'est la position que nous adopterons, en tenant compte des raisons sui-

(48) *Op. et loc. cit.*
(49) V. aussi Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. et loc. cit.*
(50) *Op. et loc. cit.*
(51) V. cep. les concessions de la jurisprudence, Josserand, *op. cit.*, tome I, nos 1177 ss., p. 614 ss.

vantes : *A*) C'est, à n'en pas douter, une infériorité de la femme par rapport au mari, mais qui pèse également sur la femme légitime ayant contracté un mariage valable. Il n'y a donc pas de raison pour en exonérer la femme putative (52) ; *B*) Les art. 201 et 202 sont généraux et n'admettent aucune discrimination parmi les effets procédant directement du mariage lui-même, et non seulement des rapports charnels des conjoints ; *C*) Il ne faut jamais perdre de vue que le mariage putatif ne déroge pas, dans la pensée du législateur, à la présomption de l'art. 312; or, l'art. 228 n'a d'autre but que de garantir dans la mesure du possible la véracité de la dite présomption (53). De même, lors d'un mariage valable, l'accouchement survenu après la sentence définitive met fin au délai de viduité (L. du 9 déc. 1922). Quant au troisième alinéa de l'art. 228, nous le croyons sans fondement dans notre matière et, pour cette raison, nous l'écarterons. Cette réserve faite, il nous semble qu'il faut aller encore plus loin dans l'application de ce délai à la femme putative et décider qu'il doit être observé par la femme putative en cas de retour de son premier mari absent.

§ II. — *Deuxième hypothèse : Un seul des époux est de bonne foi*

227. — C'est l'hypothèse prévue par l'art. 202, aux termes duquel : « Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux... » Le système de la loi peut donc être résumé en peu de mots : l'époux qui a eu connaissance de l'empêchement ou du vice, se verra rétroactivement privé de tous les effets du mariage, par contre, l'époux qui les ignorait jouira de tous ses avantages et la rétroactivité de l'annulation sera écartée à son profit. La réalité est bien plus complexe que ce simple énoncé. Il n'est pas toujours possible de conserver cette ligne de conduite, car en privant l'époux de mauvaise foi de certains avantages, il peut arriver qu'on cause un préjudice aux enfants, ce qui fausse l'esprit de la loi. Mais, dans la mesure du possible, la règle législative doit être maintenue, en dépit des résultats singuliers qui peuvent se pro-

(52) Laurent, *op. cit.*, tome II, n° 349.
(53) Piedelièvre, Thèse cit., p. 39 *in fine*.

duire. C'est qu'il est plus sage d'observer une certaine continuité et une certaine logique dans les bizarreries imposées par la loi que d'appliquer la logique de celle-ci avec intermittence et dérèglement.

1° Effets personnels et moraux

228. — Examinons tout d'abord les rapports des époux et de leurs enfants. La puissance paternelle n'est exercée que par le parent qui a été de bonne foi lors du mariage, fût-ce la mère, principe d'autant plus admissible qu'il s'agit d'un droit relatif, conçu et aménagé dans l'intérêt des enfants (54). La jouissance légale sur les biens de son enfant mineur de dix-huit ans est exclusivement réservée à l'époux de bonne foi. (Cpr. art. 384 et 386, modifiés par la loi du 21 févr. 1906) (55). Le droit de garde, et sur ce point nous nous écartons des normes du divorce, ne peut être confié à l'époux de mauvaise foi ou à une tierce personne (56). Le droit de diriger l'éducation des enfants et le droit de correction qui sont des corollaires du droit de garde, sont nécessairement attribués à l'époux de bonne foi (Cpr. art. 302). Ce qui d'ailleurs ne fait pas obstacle à ce que l'époux de mauvaise foi se voie contraint par le Tribunal à lui verser une indemnité pour charge de famille. La Cour d'Alger a condamné un père de mauvaise foi à pourvoir à l'entretien de l'enfant jusqu'à sa majorité (57). Le Tribunal Civil de Nice condamna un père « à lui verser (à la mère) pour sa part des frais d'entretien de l'enfant une pension de... jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de huit ans, sous réserve de modifier alors comme il appartiendra » (58).

---

(54) Vazeille, *op. cit.*, tome I, n° 286 ; Allemand, *op. cit.*, tome I, n° 629 ; Demolombe, *op. cit.*, tome III, n° 572 ; Laurent, *Principes*, tome II, n° 512, p. 648-649 ; Huc, *op. cit.*, tome II, n° 166 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1924, 1° et tome I, n° 564 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, n° 1115 ; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 331 ; Coste, Thèse, p. 86. Trib. civ. de Bordeaux, 10 mars 1896, *Journ. de la C. d'A. de Bordeaux*, 1896, 2, 68 ; Aix, 13 févr. 1912, *Rev. de Dr. inter. priv.*, 1912, p. 731; Trib. civ. de Nice, 2 ch., 15 juin 1910, *Clunet*, 1911, p. 546.

(55) Coste, Thèse cit., *loc. cit.*

(56) Cpr. ; Demolombe, *op. et loc. cit.*; Laurent, *op. et loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. et loc. cit.*; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. et loc. cit.* Trib. civ. de Rennes, 2 mai 1882, G. P. 1882, 2, 196 ; Trib. civ. de Nice, 2 ch., 15 juin 1910, *Clunet*, 1911, p. 546.

(57) Alger, 26 mai 1879, D. P. 1880, 2, 161, note, et J. du P. 1879, 1123, note Labbé.

(58) Trib. civ. de Nice, 15 juin 1910, *loc. cit.* Cpr. loi de finances du 30 mars 1929, art. 50, § 1.

Seul, l'époux de bonne foi conserve le bénéfice de l'art. 389, I, et l'administration légale ne peut être confiée au père que s'il est de bonne foi (Cpr. art. 389, 3).

229. — Une fois les soi-disant époux séparés, que deviendront les devoirs moraux découlant de l'ancien état ? Avant de répondre, précisons de quoi il s'agit au juste. Il ne peut être question pour l'un ou l'autre des époux, fût-ce pour celui qui a été déclaré de bonne foi, de se prévaloir de l'art. 212, après que la sentence d'annulation est passée en force de chose jugée. Nous avons donné les raisons de cette impossibilité juridique, en parlant de l'hypothèse où aucun des conjoints n'a été trouvé en faute. Mais nous devons insister sur un aspect du problème qui, lorsqu'il a été traité, semble l'avoir été trop rapidement. La question peut se résumer ainsi : le mariage putatif constitue-t-il une fin de non-recevoir en cas d'accusation d'adultère introduite par l'un des époux contre l'autre ? Ou, en d'autres termes, quelle est l'influence de notre institution sur l'application des articles 337 et ss. C. pén.? A vrai dire, la jurisprudence n'est jamais intervenue pour trancher nettement la question indépendamment de la fin de non-recevoir constituée par la nullité du mariage elle-même.

Examinons brièvement l'attitude des Tribunaux dans ce dernier cas. On sait que traditionnellement la jurisprudence avait décidé, pendant près de soixante ans, que c'était dans le seul cas où la nullité du mariage avait le caractère d'une nullité absolue, qu'elle constituait une fin de non-recevoir à la plainte en adultère. La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation devait changer d'attitude lors de l'affaire Simon (59). Rappelons quels étaient les faits de ce procès. La dame Simon, poursuivie pour adultère, conclut à ce qu'il fût sursis à statuer sur la poursuite, en se prévalant de l'exception préjudicielle qui résultait de la nullité de son mariage. Celui-ci manquait de publications d'une part et, le consentement de la mère de la future avait fait défaut, de l'autre. Nullité relative par conséquent. Le Tribunal correctionnel repoussa l'exception préjudicielle. Sur appel, la Cour de Paris rendit un arrêt confirmatif, tout en établissant la distinction entre les causes de nullités absolues et relatives, dans le cas de ces dernières, la femme, disait-

(59) Cass. crim., 13 avril 1867, S. 1867, 1, 341 ; D. P. 1867, 1, 353 et le rapp. du cons. Bodan ; Rennes, 27 août 1879, S. 1881, 2, 129.

elle, restait liée à son mari pendant son mariage et, par conséquent, était tenue du devoir de fidélité. La Chambre Civile cassa l'arrêt dans les termes suivants : « *Attendu... qu'il importe peu, au point de vue de l'adultère, que le mariage soit annulé à raison d'une nullité relative ou à raison d'une nullité absolue ; que l'une et l'autre de ces nullités prennent naissance au jour de la célébration du mariage ; que leurs effets remontent nécessairement à cette date et sont identiquement les mêmes ; que l'annulation du mariage devant le faire considérer comme n'ayant jamais existé, elle ne laisse subsister que les effets pouvant résulter de la bonne foi des époux ou de l'un d'eux, conformément aux articles* 201 *et* 202 *C. C.* » « *Que cette annulation, d'une part, en dépouillant le plaignant de sa qualité d'époux, lui ôte le droit de continuer la poursuite qu'il avait provoquée, et que, d'une autre part, en affranchissant la femme pour l'avenir de toute dépendance conjugale, elle l'affranchit, pour le passé, de toute responsabilité attachée au titre d'épouse qui lui aura été illégalement donné.* »

Il est possible de tirer de cet arrêt, pour le sujet qui nous intéresse, trois enseignements : 1) Le devoir de fidélité ne fait pas partie des effets du mariage dont parlent les articles 201 et 202 C.C. Aucune plainte ni réparation ne peut être exigée de ce chef ; le seul recours du mari est de désavouer l'enfant issu des rapports extra-légaux de sa femme ; ce faisant, il le privera du bénéfice de la putativité ; 2) Le devoir de fidélité est intimement lié à la qualité d'époux, dès l'instant que cette dernière disparaît, il n'y a pas lieu de s'en prévaloir, même pour le passé ; 3) La bonne ou la mauvaise foi n'ont pas d'influence en cette matière. L'époux de mauvaise foi, aussi bien que celui qui ignorait le vice dont le mariage est entaché, ne peuvent exiger la fidélité de leur conjoint. Ce n'est donc pas sans étonnement que nous avons constaté que certains auteurs se montraient partisans du devoir de fidélité en cas de mariage putatif. Par la force des choses, ils ont dû réserver l'exercice de l'action d'adultère, au seul époux de bonne foi (art. 202) (60). Un bref raisonnement suffit à nous convaincre de l'absurdité de cette doctrine. En effet, si au lieu de nous absorber dans des considérations se rattachant exclusivement à notre institution, nous songeons aux caractéristiques pénales de ce délit, la solution qui s'impose est tout autre. Tandis que l'époux de mau-

(60) Carteron, Thèse citée, p. 70 et 80.

vaise foi ne peut être condamné pénalement, puisqu'il savait pertinemment qu'en ayant des rapports avec une personne autre que son conjoint il ne commettait aucun délit, l'époux de bonne foi, au contraire, se trouvant dans l'ignorance de l'invalidité de son mariage, agit en ayant l'intention délictuelle de commettre un adultère. Sans doute, il ne peut être question de condamner ce dernier, du fait qu'il crut mal agir, alors que les éléments constitutifs du délit d'adultère manquent. Il n'en résulte pas moins qu'il est juridiquement impossible de condamner son conjoint de mauvaise foi, qui agit en se sachant dégagé de tout devoir moral envers la personne avec laquelle il vivait maritalement. Combien plus judicieuse et scientifique nous apparaît la thèse de la Cour de Cassation, à laquelle nous adhérons pleinement.

2° Effets patrimoniaux

230. — Le droit de succession entre conjoints ne peut être réclamé que par le conjoint qui a été de bonne foi. Mais ici encore la réciproque n'est pas vraie. L'époux de mauvaise foi, qui aurait recueilli la succession de l'époux de bonne foi, avant le jugement d'annulation, serait tenu de la restituer, puisque son titre de conjoint lui serait enlevé rétroactivement par le jugement (61). Mais il faut aller plus loin et compléter le cercle de la famille. Les ascendants et collatéraux de l'époux de bonne foi peuvent recueillir les biens laissés par l'époux de mauvaise foi (62). Disons encore que la cause de nullité est ici, comme dans toute la matière, sans importance ; par conséquent, les parents de l'époux de bonne foi bénéficieront de la faveur légale, alors même que le mariage a été annulé pour bigamie (63). Nous devons faire cependant une distinction entre le droit héréditaire entre époux et le droit qu'éventuellement peuvent avoir les ascendants et collatéraux de l'époux

---

(61) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome I, n° 228 bis, VIII, p. 430 ; Huc, *op. cit.*, tome II, n° 160 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1920 ; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 335 ; Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 864, 1°, p. 448.

(62) Duranton, *op. cit.*, tome II, n° 366; Laurent, *Principes*, tome II, n° 508, p. 643-644.

(63) Paris, 24 avril 1933, conf. par Req. rej., 9 juillet 1935, D. H. 1936, 413 ; S. 1936, 1, 1, note E. P. S.

de bonne foi sur les biens laissés dans la succession du conjoint fautif. C'est qu'en raison de ce que l'alliance ne survit pas à l'annulation du mariage, ils ne pourront invoquer ce droit que si l'époux de bonne foi meurt avant l'annulation du mariage. Par là, nous rejoignons l'unanimité de la doctrine qui applique cette même distinction, que nous avons âprement combattue, lorsqu'il était question des droits successoraux des époux entre eux (64). Que doit-on penser du droit des parents de l'époux de mauvaise foi, sur la succession de l'époux de bonne foi ? Conformément à ce que nous avons admis lorsqu'il s'agissait de succéder aux enfants, nous dirons ici que la mauvaise foi n'est qu'une qualité strictement personnelle, et qu'elle ne concerne ni les collatéraux ni les ascendants de l'époux de mauvaise foi. La jurisprudence ne semble pas avoir eu à statuer dans cette dernière hypothèse. D'autre part, tous les ayants-cause se trouvent dans la même situation que s'il s'agissait de conjoints légitimes.

231. — Ce que nous venons de dire pour le droit successoral s'applique à la pension alimentaire entre conjoints. Seul y a droit l'époux qui a été de bonne foi en contractant mariage. Tous les arrêts que nous avons cités au paragraphe précédent, en décident ainsi : « *Attendu,* dit le Tribunal de la Seine... *que la demanderesse... aurait été en droit au cours du mariage si celui-ci eût été valable, de demander des aliments à son mari, que la nullité de son mariage causé par* (la) *faute de* (son mari) *n'a pu avoir pour effet de lui faire perdre un bénéfice que lui réserve en termes formels l'art.* 201 » (65).

232. — Le Code français a été parfois critiqué à l'étranger parce qu'il ne consacre pas le droit à des dommages et intérêts au profit de l'époux trompé en cas d'annulation du mariage (66). En réalité, ce reproche est nettement injustifié. Une telle disposition

---

(64) V. *suprà*, nos 219, 220 et 230. Cpr. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, no 1924, 1o.

(65) 24 nov. 1905, *G. des Trib.*, 17 févr. 1906, *Le Droit*, 17 févr. 1906 ; Josserand, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1906, p. 391. Allemand, *op. cit.*, tome I, no 624 ; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, tome I, no 639, p. 522-523 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, no 1111 *in fine*. Cpr. : Bartin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, p. 71, note 17 bis ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, no 1929.

(66) Asser, *Het Nederlandsch burgerlijk w et boek*, p. 64, § 82, cité par Laurent, *Avant-Projet de révision du Code civil*, tome II, art. 195, annot. no 4, note 2.

ne serait que superflue, attendu que tout dol et tout dommage matériel et moral donnent lieu, au profit de la victime, à l'allocation de dommages et intérêts (67). Ce sera presque toujours l'époux de bonne foi qui, seul, pourra se prévaloir du droit à l'indemnité (68). La nature de ces dommages et intérêts ne fait pas de doute en cette matière : ils sont basés sur l'art 1382 C. civ. Leur objet réparateur ne doit pas être confondu avec celui de la pension alimentaire ou avec les contributions aux charges familiales qui doivent être supportées par les deux conjoints. Observons, d'autre part, qu'ils ne doivent pas être accordés *de plano* par le Tribunal et que celui-ci doit avoir été saisi d'une demande par la partie intéressée (69).

233. — Le législateur de 1804 a passé sous silence le sort des donations, après la déclaration de la putativité. Occupons-nous pour l'instant des donations prévues par les articles 1093 et ss. Quoiqu'elles aient été stipulées réciproques, seul le conjoint innocent pourra les conserver. Cette prérogative n'est d'ailleurs que purement éphémère, si l'on songe que les donations entre époux, faites pendant le mariage et quoique qualifiées entre vifs, sont toujours révocables (art. 1096, 1°). Il est dès lors très probable que le conjoint donateur ne tardera pas à exercer le droit que la loi lui confère. C'est là un empiètement, généralement admis, sur les principes régissant la matière du mariage putatif (70).

234. — Les règles de la bonne et de la mauvaise foi ont dû d'ailleurs être écartées à un autre point de vue. Les donations, que les époux ont pu avoir faites à des tiers, seront révoquées par la sur-

---

(67) V. Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, tome III, 2e édit., nos 2871 ss. (hésitant). Aix, 6 mai 1872, D. P. 1873, 2, 57; Trib. comm. Saint-Etienne, 26 avril 1901, S. 1904, 2, 116. Cpr. : Ihering, *Œuvres choisies*, tr. Meuleunaere, tome II, p. 145 et ss.

(68) Allemand, *op. cit.*, tome I, n° 626 ; Bartin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, § 460, p. 71, note 17 bis et les références ; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 336 ; P. Gaudemet, Thèse cit., p. 107. Alger, 26 mai 1879, D. P. 1880, 2, 161 ; Trib. civ. de Bordeaux, 18 janv. 1882, *Clunet*, 1882, p. 539 ; Trib. civ. de la Seine, 24 nov. 1903, *G. des Trib.*, 17 févr. 1906 ; Trib. Nice, 15 juin 1910, *Clunet*, 1911, p. 546 ; Trib. civ. de la Seine, 17 nov. 1926, *Journ. de Dr. intern. privé*, 1928, p. 404.

(69) Trib. civ. de la Seine, 17 nov. 1926, *loc. cit.*

(70) Cpr. : Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome I, n° 288 bis, XI ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1928 ; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 334, 3° ; P. Gaudemet, Thèse cit., p. 120-121; Carteron, Thèse cit., p. 82-83.

venance d'enfants, sans que l'on ait à distinguer si le donateur a été ou non le conjoint de mauvaise foi (71). S'il en était autrement, sous prétexte de priver l'époux fautif du bénéfice de la révocation, on punirait irrémédiablement les enfants innocents. Il est donc plus judicieux d'avantager le conjoint coupable, en élargissant les termes de l'art. 202, que de sacrifier les enfants issus de l'union, ce qui aurait pour effet de restreindre arbitrairement la portée de cet article.

Il convient de remarquer que parmi les raisons que les défenseurs du principe ont si souvent fait valoir, il y en a qui ne font qu'obscurcir la question et la compliquer inutilement. C'est, par exemple, le cas lorsque certains interprètes ont voulu introduire une distinction, à vrai dire assez arbitraire, entre les effets produits par le mariage putatif. Ceux-ci revêtiraient un double caractère, selon qu'il s'agit d'effets directs ou, comme dans l'espèce, d'effets indirects. Pour ces derniers, rien ne s'opposerait à ce que l'époux de mauvaise foi en bénéficie toutes les fois que les intérêts de l'institution le commandent (72). Cette distinction qui, avec d'autres défauts, a celui de ne pas comporter de limites précises, nous semble avoir été victorieusement réfutée par les adversaires de la révocation (73), dans le cas où c'est le donateur qui a été de mauvaise foi. En effet, on ne voit pas très bien sur quel fondement appuyer ce privilège indirect du mariage, alors qu'à l'égard de cet époux le mariage, avec ses effets directs, est censé ne s'être jamais produit. Il serait plus conforme aux sains principes de décider qu'il devrait *a fortiori* être privé de la révocation. Bien plus judicieuse nous semble l'affirmation que ce n'est pas l'union qui opère en cette matière la révocation des donations, mais la survenance des enfants (74). A quoi on a riposté que s'il est vrai que l'union n'opère pas la révocation, il n'est pas moins certain que c'est elle qui rend possible le retour des biens donnés aux mains du donateur. Suivant l'esprit objectif qui nous guide, nous

---

(71) Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, p. 53 et § 709, n° 4, p. 436 ; tome VII, texte p. 75, § 460 et § 709, n° 4 ; Coste, Thèse p. 100 ss. ; P. Gaudemet, Thèse cit., p. 155-156. D'autres admettent la révocation que si l'époux de bonne foi en bénéficie : Demolombe, *op. cit.*, tome III, n° 382, p. 547-548 ; Huc, *op. cit.*, tome II, n° 168 ; Grenier, *Des Donations*, tome I, n° 191 ; Carteron, Thèse cit., p. 120 ss.

(72) Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*

(73) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1938.

(74) Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*

repousserons l'une et l'autre de ces théories, pour adopter celle qui nous semble la plus conforme aux principes juridiques en conflit. Si la révocation des donations nous semble s'imposer c'est, comme nous l'avons précédemment signalé, parce que les intérêts de la famille putative l'exigent. Cette thèse n'est nullement en contradiction avec l'esprit et la lettre de l'art. 960, qui ne fait aucune allusion à la validité du mariage, mais seulement à la naissance d'un enfant légitime du donateur. Or, c'est bien le cas en matière de mariage putatif. Peu importe que pour des raisons touchant la nature originale de cette institution, le parent de mauvaise foi ne puisse se prévaloir de ces effets (art. 202 *a contr.*), puisque cet article ne concerne que ceux qu'il serait tenté d'invoquer à son profit. Du moment que les enfants et l'autre conjoint sont intéressés à la révocation, l'on ne saurait les en priver, sous peine de rendre stérile la volonté du législateur, qui est de les favoriser, à l'instar des enfants légitimes.

235. — Précisons que, sauf cette exception que nous venons d'apporter aux règles du mariage putatif, les principes commandés par lui s'imposent en toute circonstance. D'une façon plus générale, ce sont tous les avantages, toutes les reprises et les gains de survie, stipulés dans le contrat de mariage, dont l'époux de mauvaise foi se verra irrémédiablement privé. Ils n'appartiennent, en somme, qu'à l'époux de bonne foi auquel nul ne saurait contester ses droits, après l'annulation de son mariage (73). Remarquons, d'autre part, qu'il est libre de ne pas s'en prévaloir s'il le préfère (76). Un grave problème se pose lorsque ces avantages ont été stipulés réciproques. C'est que les clauses du contrat sont unies les unes aux autres, et que la règle de corrélation et d'indivisibilité qui les unit se trouvera détruite. Cependant on n'admet couramment ce résultat, en considérant qu'il ne s'agit pas d'un contrat à caractère commutatif, dominé par le principe *do ut des*. Au contraire, ici comme en matière de donations, la gratuité et la bienfaisance sont les causes essentielles de toute libéralité ; ces causes suffisent pour la maintenir, alors même qu'une autre libéralité stipulée réciproque, n'a pas eu lieu (77).

---

(75) Req. rej. (sur ce joint), 14 juin 1827, D. P. 1827, 1, 272 et les concl. de l'av. gén. Vatismenil.

(76) Carteron, Thèse citée, p. 85.

(77) Toullier, *op. cit.*, tome I, n° 662 ; Vazeille, *op. cit.*, tome I, n° 284 ; Duranton, *op. cit.*, tome II, n° 370 ; Delvincourt, *op. cit.*, tome I, p. 144 ; Proudhon, *op. cit.*,

236. — D'une façon générale, on peut dire que les divers régimes matrimoniaux que les époux peuvent avoir adoptés n'offrent aucune difficulté dans la matière, si ce n'est le régime de la communauté. Il est d'ailleurs aisé de comprendre quelles sont ces difficultés. Ce régime est plus ou moins avantageux pour l'un ou l'autre des époux, selon la proportion de biens meubles et immeubles apportés dans la masse commune. Si nous ajoutons que le mauvais état de la communauté à sa dissolution, peut dépendre exclusivement de la mauvaise administration du mari (art. 1421, 1), qui peut être en même temps le conjoint de mauvaise foi, on se rend compte qu'il serait inique de placer la femme putative dans une situation pire que celle de la femme légitime. Au contraire, il convient de l'avantager, en raison de ce que son mari, qui par hypothèse est de mauvaise foi, ne saurait, à l'opposé du mari légitime, être admis à tirer aucun profit de la communauté (art. 202 *a contr.*). C'est en prenant en considération des arguments que l'on décide que la femme de bonne foi aura, lors de la liquidation de la communauté, la faculté d'exercer un triple choix. Elle peut tout d'abord renoncer ou accepter, conformément au droit commun (art. 1453 et ss.) (78). D'autre part, elle pourra, si elle préfère, liquider la communauté en suivant les règles d'usage pour liquider une société de fait (79). Nous sommes d'avis que ce triple choix appartiendra à ses héritiers. Les auteurs semblent conclure à ce résultat par prétérition. Il est évident que si elle, ou ses héritiers et ayant cause choisissent l'une de ces solutions, ils ne pourront scinder les clauses du contrat, pour s'en tenir uniquement à celles qui leur sont favorables et priver l'époux de

---

tome II, p. 5 ; Allemand, *op. cit.*, tome I, n° 623. Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome I, n° 288 bis, X, p. 431-432 ; Demolombe, *op. cit.*, tome III, n° 376 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, p. 53 et tome VII, par Bartin, p. 72, note 20 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n°s 1919 et 1927 ; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 334, 1° ; Colin et Capitant, *op. cit.*, tome I, n° 171, 2, B.

(78) Bordeaux, 18 mai 1852, D. P. 1852, 2, 228 ; S. 1852, 2, 609. Cpr. : Coin Delisle, *Rev. crit. de Lég. et de Jur.*, 1854, p. 216 ss., 2e règle.

(79) Toullier, *op. cit.*, tome I, n° 663 ; Duranton, *op. cit.*, tome II, n° 371 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, p. 52 et tome VII, par Bartin, p. 72, notes 18-19 ; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 333; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, tome I, n° 634, p. 516-517 ; Colin et Capitant, *op. cit.*, tome I, n° 171, 2e, C ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1925 ; Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 864, 1°, p. 448 ; P. Gaudemet, Thèse cit., p. 121. Contra : Coin Delisle, *op. et loc. cit.* Bordeaux, 18 mai 1852, *loc. cit* Cpr. : Carteron, Thèse cit., p. 106 ss.

mauvaise foi de sa part dans les acquêts (80). C'est que l'époux de mauvaise foi, nonobstant sa déchéance, a droit aux avantages qui résultent du jeu normal des règles de l'option faite par son conjoint (81).

Une question intéressante se pose lorsque la femme est seule à être de mauvaise foi. Va-t-on lui accorder le droit de renoncer à la communauté ? Si l'on s'en rapporte aux règles du mariage putatif, il est évident qu'elle devra être privée de cette faculté. Mais si l'on envisage le problème d'un point de vue plus objectif, l'on n'a pas de peine à s'apercevoir de l'injustice que l'on commettrait à son égard. Aussi les auteurs n'hésitent pas à reconnaître ce droit à la femme de mauvaise foi, pour la raison qu'il s'agit d'une faculté destinée à servir de contre-poids aux pouvoirs exclusifs et presque illimités dont le mari s'est vu investi par la loi, en sa qualité de chef de la communauté (art. 1428) (82). Les objections adressées à cette doctrine, la seule équitable à notre avis, manquent de consistance et elles se réfutent par elles-mêmes. On a dit que ce serait aboutir à accorder à la femme de mauvaise foi un avantage en dépit de l'art. 202, puisqu'elle jouirait en définitive de la faculté accordée par la loi à la femme renonçante, de reprendre son apport franc et quitte (art. 1514) (83). Or les résultats qu'elle pourrait obtenir, en vertu de cet article, jurent avec sa qualité de simple associée de fait, qui ne peut prétendre partager la masse des biens autrement qu'en suivant les règles édictées par la loi (V. notam. art. 1855 et ss. C.C.). Au fond, l'objection se résoud en une pétition de principe, qui consiste à se prévaloir des règles dont il s'agit, précisément de savoir si elles s'appliquent à notre espèce. L'hypothèse de la société de fait, écartée par les considérations exposées ci-dessus, il ne reste d'autre issue que d'adhérer

(80) Duranton, *op. cit.*, tome II, n°s 371-372 ; Bellot des Minières, *Du contrat de Mariage*, tome II, p. 60 ss. ; Demolombe, *op. cit.*, tome III, n° 375 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, p. 52 et par Bartin, tome VII, p. 72, note 18 ; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op cit.*, tome II, *La Famille*, n° 333 ; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, p. 523, note 2; Coste, Thèse cit., p. 87; P. Gaudemet, Thèse cit., p. 118. Cpr. Toullier, *op. cit.*, tome I, n° 663.

(81) Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 334, 1°.

(82) Demolombe, *op. cit*, tome III, n° 374 ; Aubry et Rau, tome V, p. 52, note 19, et tome VII, par Bartin, p. 72, note 19 ; Zachariae, *op. cit.*, tome III, § 460, p. 284, note 19 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1926 ; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 333. Contra : Laurent, *Principes*, tome II, n° 513, p. 649-650. Cpr. Allemand, *op. cit.*, tome I, n° 623 ; Duranton, *op. cit.*, tome II, n°s 371-372 ; P. Gaudemet, Thèse, p. 126.

(83) Allemand, *op. cit.*, tome I ,n° 623.

à la thèse dominante, qui est celle qui découle directement des particularités de la situation où se trouve l'époux fautif. Ce qui ne nous empêche pas de reconnaître l'aspect paradoxal et bizarre qu'elle présente du point de vue de la putativité. En effet, la femme n'a plus sa qualité d'épouse et, par conséquent, on ne voit pas à quel titre elle pourrait se prévaloir de la faculté de renonciation que la loi ne confère qu'à la femme commune en biens (84). Il s'ensuit que seules les règles de la liquidation des sociétés de fait pourraient être appliquées à la femme de mauvaise foi. Ce qui est pire, ce sont les conséquences qui en résultent, puisque, dans le cas où elle opte pour la renonciation, le mari devra supporter toutes les charges et les dettes de la communauté. Nonobstant ces inconvénients, nous inclinons à admettre la doctrine dominante.

237. — En ce qui concerne les restrictions à la capacité civile de la femme, résultant du nouvel article 215, al. 2, elles ne peuvent être invoquées dans les contrats passés avec des tiers, que si la femme a été de bonne foi lors du mariage. *Quid* du mari ? Nous sommes d'avis que, s'il est de bonne foi, il pourra les invoquer, même si la femme de mauvaise foi doit en profiter (85).

238. — Quelle sera la part de communauté attribuée à la femme putative en cas de bigamie du mari ? Aucun renseignement à ce sujet, dans les Travaux Préparatoires. Faute de textes, les premiers interprètes n'eurent d'autre recours que de s'en rapporter à la tradition de l'Ancien Droit. L'arrêt rendu par le Parlement de Paris à la fin du XVIIe siècle restait, malgré son ancienneté, la seule espèce résolue par les Tribunaux. La presque unanimité des auteurs inclinait dans le même sens (86). Le plus souvent d'ailleurs, l'ancien système, transmis par Charondas, était accepté en entier ; cependant quelques auteurs n'hésitaient pas à y apporter des modifications, pour le mieux approprier aux circonstances par-

---

(84) V. Coin-Delisle, *Rev. crit. de Lég. et de Jur.*, 1854, 5, p. 216 ss. 2e règle, et 222 ss.

(85) Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, n° 1116 ; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 331; Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 864, 3e, p. 448. Cpr. Alger, 2 nov. 1905, *Rev. Alg.*, 1906, 63, note E. Larcher.

(86) Toulier, *op. cit.*, tome I, n° 665; Vazeille, *op. cit.*, tome I, n° 285; Duranton, *op. cit.*, tome II, n° 373 ; Allemand, *op. cit.*, tome I, n° 621.

ticulières à chaque espèce (87). D'autres, tout en l'acceptant, avançaient prudemment dans la voie d'une réforme, au moins pour ce qui concernait les enfants (88). Ils considéraient que les anciennes règles, édictées par l'arrêt du Parlement de Paris, ne devaient être suivies que pour la division des biens entre époux ; dès qu'il s'agissait des enfants, un autre système s'imposait. Au lieu de faire une masse unique de tous les biens, comme on devait le faire pour régler la quotité à attribuer aux femmes, il fallait adjuger directement aux enfants de chaque lit, *la moitié des biens constituant chaque partie de la communauté*. Ce qui revenait à dire que, pour les épouses, la communauté devait être fractionnée en trois parties, différentes suivant la durée de leur cohabitation respective ; par contre, à l'égard des enfants, il ne devait y avoir qu'une seule succession. Leur part était, comme jadis, formée par la part du mari qui s'en voyait privé.

C'était, en somme, faire abstraction des nouvelles reformes introduites par les rédacteurs du Code, dans la matière du régime de la communauté. A l'époque où cet arrêt fut rendu, aucun texte n'existait encore, donnant à la femme roturière le droit de renoncer à la communauté (89). Cette observation suffirait à elle seule pour faire repousser l'ancien système. D'autre part, il apparaît aussi que, pendant le temps de chaque cohabitation, les bénéfices de la communauté avaient pu être convertis en immeubles, sur lesquels la femme n'avait aucun droit, eût-elle été femme légitime (90).

Marcadé, le premier, bâtit une nouvelle théorie, qu'il publia pour la première fois en 1842 (91). Voici en quoi elle consistait. La première femme se voyait attribuer la moitié du fonds commun, diminuée seulement de l'apport de la seconde femme et des bénéfices en résultant. Celle-ci pouvait conserver ces biens même si elle était de mauvaise foi. Par contre, si elle avait été de bonne foi, elle pouvait demander la liquidation de la communauté suivant les règles d'une société ordinaire ou, si elle préférait, exiger sur les biens du bigame ce que le mariage lui aurait procuré s'il avait

---

(87) Duranton, *op. et loc cit.*

(89) Coin-Delisle, *Rev. crit. de Lég. et de Jur.*, 1854, 5, p. 216 ss., 218.

(90) Coutume de Beauvoisis, édit. Salmon, nos 490, 622, 930 ; Colin et Capitant, *op. cit.*, tome III, no 61, p. 59.

(91) *Cours de Code Napol.*, 1re édit., tome I, art. 202, p. 228 ; 4e édit., p. 557 ; 5e édit., no 700 ; Coste, Thèse citée, p. 91-92.

été régulier. Demolombe, dès 1846, se montra partisan de l'ancien système, mais il fit une part à la théorie exposée par Marcadé, puisqu'il voulut que la femme putative fût indemnisée sur les biens du mari. Mais son opinion différait des précédentes, en ce qu'il était d'avis que l'on commencât par liquider la part de la femme la plus ancienne (92).

239. — Tel était l'état de la doctrine, à la veille du seul procès de cette espèce qu'aient eu à résoudre les Tribunaux français. Retraçons brièvement les faits qui donnèrent lieu à l'arrêt de la Cour de Bordeaux (93). Jean Lamaud, natif de Ribérac, ouvrier poêlier-chaudronnier à Bordeaux, quitte en 1812 le pays, pour aller s'établir en Espagne. Il épouse en ce dernier pays, à Elche, province d'Alicante, la dame Antonia Martinez. Peu après, il abandonne sa femme et passe en Amérique où, en 1821, il s'unit en mariage avec la dame Josefa Claudia Arguelles. L'union prospère et il rentre avec ses enfants en France, où il meurt en 1837. Dans son testament, il instituait Claudia Arguelles, son héritière universelle. Mais sa première femme assigna la dite dame devant le Tribunal de Périgueux, pour la faire condamner à lui délaisser tous les biens provenant de la communauté ayant existé entre elle et son mari. Le Tribunal, après avoir reconnu la bonne foi de la dame Arguelles, lui attribua la moitié des acquêts de la communauté, tandis que la première femme n'en eut que le quart. Sans doute, ce traitement différent fut motivé par les circonstances particulières à l'espèce où la prospérité de la communauté ne datait que de la célébration du deuxième mariage. Mais ces circonstances n'impressionnèrent pas la Cour de Bordeaux qui jugea, à juste titre, que la femme légitime avait été délaissée et déclara : « *Qu'en attribuant à Claudia Arguelles la moitié des acquêts et le quart seulement à la première femme, les premiers juges lui ont accordé sur celle-ci un privilège qui n'est avoué ni par la loi ni par la raison.* » Ce fut l'occasion pour les magistrats de Bordeaux d'établir leur propre système qui, étant donné l'importance du sujet, retiendra quelque peu notre attention. Le texte de leur arrêt ne laisse pas d'être assez touffu, aussi préférons-nous le diviser.

---

(92) *Op. cit.*, tome III, 3e édit., 1846, n° 377, et 1882, p. 544-555.
(93) 18 mai 1852, S. 1852, 2, 609.

1re *règle :* La communauté de la femme légitime dure toute la durée du mariage de celle-ci avec son mari, jusqu'au décès de ce dernier; par conséquent, tous les biens acquis depuis le deuxième mariage doivent être assimilés, à son égard, aux biens qui ont été acquis auparavant; tous ces biens sont censés être des acquêts de communauté dont la loi lui attribue la moitié. Cette règle, la Cour la fonda sur le motif que le mariage putatif n'était qu'un fait coupable et dolosif, dont la femme légitime ne devait pas supporter les conséquences. Il est évident, d'autre part, que la séparation de corps ou de biens intervenue entre les époux légitimes aurait pu, à l'instar de la mort naturelle, faire cesser la communauté pour la femme légitime (94).

Corollaire : Si la première période de la communauté a donné des bénéfices et qu'au contraire la deuxième période, commençant à partir du second mariage, ne présente que des pertes, la femme légitime ne peut qu'accepter ou renoncer pour le tout. Si elle accepte, elle doit supporter la moitié des dettes contractées depuis le mariage putatif. Ce qui revient à dire qu'elle ne peut être tenue de la moitié des dettes si elle n'a pas une part égale dans les bénéfices. L'idée commune à cette première règle et à son corollaire est que les droits de la femme légitime, en cas de concours avec ceux de la femme putative, doivent prévaloir, soit parce qu'ils sont antérieurs, soit parce qu'ils trouvent leur source dans un mariage régulier. La femme légitime ne doit subir aucun préjudice provenant du crime du mari, mais il ne faut pas déduire qu'elle est exempte des charges de la communauté.

2e *règle :* La deuxième femme, c'est-à-dire la femme putative, ne doit pas être considérée comme une simple associée de fait du mari, mais à l'exemple de la femme légitime, comme sa femme commune en biens ; ce qui implique pour elle, si la communauté est opérée, le droit d'y renoncer. Cette règle écartait l'objection, faite par la femme légitime, que la femme putative n'avait pu que constituer une société qui était venue se greffer sur la communauté primitive. Pour éviter que la femme putative ne porte préjudice à la femme légitime, ce qui serait aller à l'encontre de la première règle, la femme putative se remplit de ses droits sur

(94) V. Coin-Delisle, *op. et loc. cit*

la communauté par un prélèvement sur les biens du mari et, à défaut, sur la part qui lui reviendrait s'il était vivant. Les héritiers et les représentants du mari sont donc tenus de la dette.

3e *règle :* Les droits de la deuxième femme sur la communauté ne commencent qu'à partir du jour de la célébration du mariage putatif (95). De la sorte, les droits respectifs des deux épouses sont intégralement respectés. Notamment, la femme putative ne peut prétendre que la moitié des acquêts faits pendant son mariage lui appartient, comme étant le fruit exclusif de sa collaboration, puisque cette prétention est basée sur une fiction, que la femme légitime pouvait aussi invoquer.

Corollaire : La communauté doit toujours être réputée fruit de la collaboration égale des deux épouses, quelle que soit la part réelle de chacune d'elles dans cette collaboration.

4e *règle :* Le mari perd ainsi sa part dans la deuxième communauté (elle a servi à dédommager la femme putative), mais cela doit être considéré comme une peine et comme la juste conséquence de sa faute.

5e *règle :* La femme putative peut se voir allouer des dommages et intérêts fondés sur l'art. 1382 C. C., pour le préjudice matériel et moral que lui occasionne l'annulation de son mariage (96). Mais il n'y a pas lieu de l'en dédommager directement, si elle trouve une compensation équitable dans la part des biens et acquêts appartenant à son mari, qui lui est accordée comme commune en biens. A croire certains auteurs, ces dommages et intérêts lui sont dus s'il résulte pour elle un préjudice du règlement de communauté (97). Tel serait, par exemple, le cas si elle avait trop de meubles, ou avait ameubli des immeubles, ou enfin, formé avec son mari une communauté universelle.

240. — Le système de la jurisprudence, malgré certaines difficultés techniques auxquelles il peut donner lieu, a, d'après nous, l'inconvénient de restreindre le triple choix que nous avons accordé à la femme putative et de ne lui laisser d'autre issue que celle

(95) V. aussi Coin-Delisle, *op. et loc. cit.*, 6e règle.
(96) V. *suprà*, nos 218 et 232.
(97) V. Coin-Delisle, *op. et loc. cit.*, 5e règle

d'accepter ou de renoncer à la communauté (98). C'est un résultat assez inattendu. En effet, le mari doit être privé de tous les avantages provenant de son mariage contracté de mauvaise foi. Or, pour parvenir à ce résultat, il n'y a qu'un moyen, c'est de permettre à la femme de choisir, au besoin, les règles d'une simple associée de fait. C'est pourquoi nous nous rallions au système de Marcadé, ci-dessus exposé, qui nous paraît doué d'une plus grande souplesse. Mais ce n'est qu'après l'avoir dépouillé des erreurs signalées par MM. Aubry et Rau (99). Les corrections que ces éminents auteurs y ont apportées et qui nous semblent judicieuses, ne concernent que la situation de la femme putative. Selon Marcadé, celle-ci se voit attribuer la moitié de la communauté, telle qu'elle existait au moment de la dissolution ou de l'annulation, sans aucune déduction préalable des droits de la première femme. En suivant ce procédé, on aboutit à considérer comme actif net de la communauté formée avec la seconde femme l'intégralité des valeurs dont le mari se trouve détenteur, ce qui est franchement inadmissible, car les droits de la première femme, sur le fonds commun, constituent un passif dont il faut tenir compte pour fixer le montant de l'apport du mari dans la communauté relative à la femme putative. Quant à la situation de la première femme, elle reste sans aucune modification, et le système de Marcadé nous paraît le meilleur : on indiquera les biens de la première femme, comme s'il n'existait pas de second mariage et comme s'il ne s'était formé qu'une simple société de fait avec la femme putative. Il revient donc à la première femme la moitié de la commuanuté, sous réserve des reprises de la femme de bonne foi et d'une part proportionnelle des apports de cette dernière dans les acquêts faits depuis la célébration du second mariage. Au surplus, la méthode de Marcadé ne se trouve pas à l'abri de toute critique, du fait que la première femme aurait pu stipuler que l'actif tout entier lui appartiendrait en cas de survie au mari (100). Le système, auquel nous nous rallions, permet à la femme putative de faire valoir, en ce cas, ses droits d'associée

---

(98) V. *suprà*, n° 236.
(99) *Op. cit.*, tome V, p. 53-54, note 24 ; tome VII, par Bartin, p. 76 texte et note 24.
(100) P. Gaudemet, Thèse cit., p. 131-135.

de fait. D'autre part, il faut bien reconnaître que, même avec notre système, le sort du mari bigame n'est pas enviable, à supposer qu'il ait été de bonne foi en contractant son second mariage.

241. — Avant de passer aux effets produits par le mariage putatif à l'égard des tiers, nous devons faire une allusion au régime dotal. On sait que le sort de la dot a fait l'objet d'une minutieuse réglementation de la part du législateur. Cependant, il a gardé le silence le plus complet en cas de mariage putatif. Les auteurs, de leur côté, ne semblent pas avoir donné à la question toute son importance. Nous sommes d'avis que la solution du problème ne peut être donnée en bloc. Pour que la restitution se réalise, suivant les règles ordinaires prescrites par le Code dans les articles 1566 et ss., les époux doivent avoir été tous les deux de bonne foi, ou, tout au moins la femme bénéficiaire (101). A l'opposé, si c'est le mari qui a été « ignorans », le sort de la dot peut faire l'objet de quelques hésitations. Etant seul bénéficiaire du mariage et de ses avantages, on pourrait songer à la lui attribuer en guise de dédommagement. Cependant, cela équivaudrait à lui faire une situation meilleure qu'au mari légitime, aussi nous n'hésitons pas à écarter ce système. La solution la plus adéquate nous semble celle qui traite la femme de mauvaise foi comme une simple créancière chirographaire du mari. Ce qui revient à dire que la dot lui sera restituée, mais sans que sa créance soit garantie par l'hypothèse légale, que nous accorderons dans la section suivante à la femme putative (102). C'est une solution pleine d'équité et de bon sens.

Section III

EFFETS PRODUITS A L'EGARD DES TIERS

242. — Nous avons déjà eu l'occasion, à plusieurs reprises, de mentionner certains effets qui résultaient, pour les tiers, du fait

(101) Duranton, *op. cit.*, tome II, n° 368 ; Trib. civ. de Bordeaux, 10 mars 1896, *Journ. des Arrêts de la C. d'A. de Bordeaux*, 1896, 2, 68.
(102) Vazeille, *op. cit.*, tome I, n° 296 ; Allemand, *op. cit.*, tome I, n° 623.

de la déclaration de la putativité (1). Ce faisant, nous nous sommes conformés davantage aux règles imposées par le développement du sujet qu'aux directions inspirées d'une méthode strictement rigide. Nous abordons dans cette section, l'étude de quelques-unes de ces conséquences, faute de pouvoir dresser la liste complète de ces effets, qui sont aussi nombreux que ceux qui dérivent d'un mariage régulier. L'intérêt de cette étude tient au fait qu'en dehors des particularités qu'elle revêt pour les théoriciens, le législateur de 1804 n'a pas traité cette grave question. La plupart des législations étrangères stipulent, au contraire, le maintien de tous les effets du mariage, au profit des tiers, ou prévoient, d'une façon plus générale, qu'aucun de leurs droits ne pourra être lésé par le fait de l'annulation. Des auteurs, cependant, se sont attachés à prouver l'inutilité d'une telle formule. Tandis que d'autres la considèrent comme indispensable à la stabilité dont doivent être douées les transactions pécuniaires, dans la vie moderne (2). On a dit que l'énoncé d'un tel principe ne pouvait être que superflu, puisque l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la décision annulant le mariage ne concernait jamais les tiers, qui n'avaient pas été parties au procès. Cette remarque est exacte et suffit pour répondre aux objections de ceux qui estiment nécessaire un texte, calqué sur le modèle de l'art. 153 du Code des Pays-Bas. Mais cette réponse ne fait qu'esquiver la vraie difficulté. En effet, si on peut admettre que le jugement déclarant la nullité ne fait pas tomber les actes passés par les époux avec les tiers, on ne voit pas très bien quelle est la base du maintien de ces effets, en cas de mariage putatif, à supposer, bien entendu, qu'on continue à raisonner en invoquant l'autorité de la chose jugée. Pour nous, la solution ne doit pas être cherchée ailleurs que dans la puissance de l'institution du mariage putatif. Ce dernier a été doué, en effet, d'une portée illimitée, aussi vaste que celle du mariage lui-même. Les effets visés par les articles 201 et 202 C. C. ne seraient pas complets, s'il fallait faire abstraction des actes juridiques que les conjoints ont pu passer, en leur qualité d'époux légitimes, avec des tierces personnes. En outre, la tâche serait presque impossible si, rétroactivement, il fallait annuler ces actes, ce qui aurait des conséquences néfastes pour les époux

(1) V. *suprà*, nos 215, 222, 225, 229, 234 et 237.
(2) Laurent, *Avant-Projet de révision du Code civil*, tome II, art. 195, annot., no 4.

eux-mêmes et pour les enfants. Donc, il est naturel que les auteurs aient hésité avant de refuser ces effets, malgré la carence d'un texte explicite qui les reconnaisse, en cas de mariage putatif. Ainsi, l'unanimité des auteurs se déclare pour le maintien de ces effets. Nous nous rallions à cette thèse extensive d'autant plus volontiers que nous croyons avoir assis ces effets sur un fondement juridique efficace, qui a le mérite d'être unique pour toutes les conséquences de la putativité : le consentement des époux au mariage.

243. — Examinons tout d'abord les garanties dont la femme putative bénéficiera à l'encontre des tiers, sur les biens du mari. On sait que les droits et les créances de la femme légitime sont protégés par une hypothèque légale (art. 2121, al. 2). Que doit-on décider lorsqu'il s'agit de la femme putative ? Nous pensons qu'il faut maintenir l'hypothèque légale en sa faveur. Tout d'abord, il s'agit là d'un des effets essentiels du mariage, et à ce titre, cette garantie se trouve visée par les articles 201 et 202 C. C. D'autre part, les raisons qui ont motivé la création par le législateur de 1804 de cette hypothèse, en faveur de l'épouse légitime, militent aussi en faveur de la femme putative. En effet, nous savons que la putativité ne transforme en rien les règles de structure de l'association conjugale ; il s'ensuit que le mari possède encore de nos jours, et malgré les avantages que la loi du 18 février 1938 confère à la femme, des pouvoirs fort étendus. Il se trouve donc exposé à devenir le débiteur de sa femme. Rien ne s'oppose donc à ce que les créances et les droits de celle-ci soient garantis par cette hypothèque (3). Bien entendu, ce privilège n'appartiendra qu'à la femme putative de bonne foi, mais non pas à celle qui, lors du mariage, était de mauvaise foi (4). Il faut aussi envisager l'hypothèse du concours entre la femme légitime et la femme putative. Nous estimons que la priorité doit être accordée à la femme première en date, tout au moins pour les créances nées de sa dot et des conventions matrimoniales (art. 2135, 2) ; tandis

---

(3) V. Josserand, *op. cit.*, tome II, n° 1719 ss., p. 922 ss.

(4) Vazeille, *op. cit.*, tome I, n° 284; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, p. 52, note 19; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des personnes*, n° 1933; Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, n° 1117; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 333 *in fine;* Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, tome I, n° 634, p. 516-517; Coste, Thèse cit., p. 93; P. Gaudemet, Thèse cit., p. 148; Carteron, Thèse cit., p. 83.

que pour ses autres créances il lui faudra s'en tenir au droit commun de l'art. 2134 C. C.

244. — Abordons la question délicate du sort des donations que le législateur de 1804 n'a nullement réglé. Nous connaissons déjà le régime de libéralités entre époux (5). Nous nous abstiendrons de revenir sur ces questions. Il nous reste à examiner ce que deviennent les donations faites aux époux par des tiers, lors du mariage, ou pendant la durée de l'union putative. Doit-on les tenir pour abolies, en raison de la condition *si nuptiae sequantur,* qui ne s'est pas réalisée ? Ou, au contraire, doit-on penser qu'elles doivent être maintenues, en égard à la bonne foi des prétendus conjoints ? Le problème ne peut être résolu d'emblée, mais doit faire l'objet de distinctions suivant la nature de la donation.

245. — En premier lieu, que décider des donations faites par des tiers aux époux dans leur contrat de mariage ? (art. 1084, 1086 et 1089). La distinction qui s'impose dans cette hypothèse, tient moins à la nature de la donation, qu'à l'institution du mariage putatif. En effet, le résultat final dépend, en définitive, de la croyance que l'époux donataire a pu avoir dans la validité du mariage. Si le donataire a été l'époux de bonne foi, la donation devra être maintenue (6). C'est un effet du mariage, sur lequel il avait compté en se mariant, il ne faut pas qu'il soit déçu. De son côté, l'époux de mauvaise foi bénéficiera, par la force des choses, du maintien de la donation si, au lieu d'une donation de biens présents, il s'agit d'une libéralité comprenant les biens présents et ceux à venir (7). En effet, du moment que des enfants sont issus de l'union, il est inadmissible de les priver des conséquences que le mariage aurait pu avoir pour eux s'il avait été valable, sous prétexte que l'époux de mauvaise foi ne doit pas en profiter. Il s'ensuit que ce dernier conservera ces libéralités, puis-

---

(5) V. *suprà*, n°s 222 et 233.

(6) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des personnes*, n° 1934; Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, n° 1114; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 334, 2°; Colin et Capitant, *op. cit.*, tome I, n° 171, 2; A. Carteron, thèse cit., p. 97-98.

(7) Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, n° 1935; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VIII, par Barlin, p. 72-73, texte et note 21; Cpr. § 739, texte et note 27 et 29; tome V, p. 53, note 21; Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, n° 1114; Huc, *op. cit.*, tome II, n° 168; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, n° 334, 2°.

qu'implicitement elles s'adressent à l'autre époux et visent les enfants. Mais il est évident que ce résultat ne saurait être obtenu que grâce au silence du donateur, mais si au contraire, celui-ci a stipulé que la libéralité était faite au profit exclusif du conjoint de mauvaise foi, elle deviendra caduque (8).

Certains auteurs ont voulu établir ici une distinction avec la donation de biens présents, laquelle, lorsqu'elle a été adressée à l'époux de mauvaise foi par des tiers, est irrémédiablement caduque. Voici leur raisonnement : le donataire n'a pu en bénéficier en raison de ce que l'art. 202, interprété *a contrario,* l'en empêche ; quant aux enfants et à l'autre époux, ils ne sont pas moins incapables du fait qu'ils n'ont pas été personnellement gratifiés (9). Les auteurs qui repoussent cette théorie considèrent, au contraire, que les enfants, comme dans le cas précédemment cité, bénéficient de la donation (art. 1081). Cette dernière doctrine aboutit, comme la précédente, à sacrifier les principes du mariage putatif, puisque l'époux de mauvaise foi se voit traité à égalité avec son conjoint. Cependant il faut s'incliner devant les réalités, pour éviter de faire un mal plus grand, comme serait celui de priver les enfants et le conjoint de bonne foi des effets du mariage.

Les rares exemples que nous avons rencontrés dans la jurisprudence sur cette matière sont plutôt favorables au maintien, au profit du conjoint de bonne foi, de la donation de biens à venir faite à l'époux de mauvaise foi. Il est à remarquer qu'au décès du conjoint de mauvaise foi, c'est le conjoint de bonne foi qui doit se voir attribuer directement le bénéfice de la donation, sans tenir compte du fait qu'il s'est, par la suite, remarié avec une tierce personne (10). Certains, soucieux de la légalité, ont proposé un moyen assez curieux, il faut le dire, de résoudre le problème. La donation ne serait révoquée que provisoirement, les biens feraient retour au donateur qui se chargerait de les rendre à la mort du donataire, aux enfants, s'ils acceptent la succession de leur parent (11). Il va sans dire que ce palliatif ne repose sur aucun

---

(8) Bartin, sur Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*

(9) Laurent, *Principes*, tome II, n° 514, p. 650; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome III, *Des Personnes*, n° 1936; Carteron, thèse cit., p. 99-100. Contra : Aubry et Rau, *op. cit.*, tome V, p. 53, note 21; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome I, n° 288 bis, XI; Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome I, n° 1114 ; Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 334, 2°.

(10) Req. rej., 14 juin 1827, D. P. 1827, 1, 272 et les concl. de l'av. gén. Vatismenil.

(11) Cpr. Coste, thèse citée, p. 96-97.

fondement, dans le Code, et que, dans la majorité des cas, il est, pour une raison ou pour une autre, pratiquement irréalisable. Notamment, comment faire profiter les enfants de la donation, à la mort de leur parent, alors que, par hypothèse, les biens faisant partie de cette donation n'ont pas été réintégrés dans le patrimoine du *de cujus ?*

Chaque fois que l'époux de mauvaise foi, contrairement aux règles gouvernant la matière, profite de la donation qui lui a été faite, ce ne peut être que parce que la loi craint d'empirer le sort de ses proches. Certains auteurs ont pu penser qu'il pouvait être écarté, pour cause d'ingratitude ou pour incapacité, lorsqu'il s'agissait de libéralités de biens à venir (12). C'est oublier que l'interdiction de l'art. 959 exclut cette sorte de révocation pour les donations en faveur du mariage. D'autre part, est-il possible que les enfants viennent à titre de substitués ? (13). Mais la possibilité de cette substitution, qu'il s'agisse d'une substitution fideicommissaire ou plus simplement de la substitution vulgaire (art. 896), serait, d'après d'autres auteurs, pratiquement impossible (14). Nous pensons qu'à la rigueur on pourrait supposer un abandon anticipé de la part du grévé, qui n'est autre que l'époux de mauvaise foi (art. 1053 et 1057) (15). Mais ce résultat, à le supposer possible, ne donnera pas pleine satisfaction aux enfants ni à l'époux de bonne foi, puisque, après tout, cet abandon resterait, pour eux, « res inter alios acta ». Il vaut donc mieux faire profiter le conjoint de mauvaise foi de cette sorte de libéralités.

246. — Comme nous venons de le voir, le mariage putatif est destiné à produire des effets à l'égard des tiers, effets qui, à vrai dire, sortent des règles du droit commun, mais qui sont commandés par l'intérêt de l'institution. Ceci est particulièrement frappant en ce qui concerne les conventions matrimoniales. En effet, on s'accorde à reconnaître que les époux peuvent à leur guise invoquer ou rejeter leur application dans leurs rapports avec les tiers (16). Si les conjoints préfèrent s'en tenir à la nullité, malgré

(12) Duranton, *p. cit.*, tome IX, n° 702; Demolombe, *op. cit.*, tome III, n° 382, p. 547-548. Cpr. Bartin, sur Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII, p. 73, note 21.
(13) Duranton, *op.* et *loc. cit.;* Demolombe, *op. cit.*, tome III, p. 564.
(14) V. Coste, thèse cit., p. 98 ss.
(15) Cpr. Colin et Capitant, *op. cit.*, tome III, n° 1270.
(16) Rouast, dans Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome II, *La Famille*, n° 333; Colin et Capitant, *op. cit.*, tome I, n° 171; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, tome I, n° 634, p. 516-517.

leur bonne foi, le mariage putatif ne produit pas d'effets à l'égard des tiers qui ne peuvent invoquer aucun droit contre les époux ; en particulier, si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté, les tiers ne pourraient se prévaloir de l'art. 1419.

La situation qui en résulte pour les tiers est, à ce que l'on voit, extrêmement précaire. Elle dépend, en somme, du bon vouloir des époux. Remarquons cependant, qu'en supposant que les conjoints aient opté pour le maintien, à l'égard des tiers, de leurs conventions matrimoniales, ces derniers peuvent invoquer contre les époux les suites indivisibles de ces conventions. Ils se voient donc contraints de ne pouvoir invoquer leurs droits que dans la mesure où le principe de l'indivisibilité le leur permet. C'est l'option des époux qui en décidera.

APPENDICE

La Nationalité

247. — Une question nous reste à résoudre. Celle de savoir quelle est l'influence du mariage putatif sur le changement de nationalité chez la femme. A la différence des effets personnels et patrimoniaux que nous avons étudiés jusqu'ici, la nationalité relève du Droit international public et privé, et elle doit être considérée comme ayant un caractère d'ordre public incontestable depuis l'arrêt rendu par la Cour de Cassation, toutes Chambres réunies, le 2 février 1921 (1).

Cette affirmation du caractère d'ordre public de la nationalité a eu des graves conséquences en matière de mariage putatif. Il n'a pas manqué en effet de tribunaux pour refuser d'appliquer, en cette matière, les règles relatives à l'acquisition et à la perte de la nationalité, sous prétexte que le mariage putatif ne produit que des effets civils. Le Tribunal Civil de Boulogne-sur-Mer a dénié récemment à la femme française, qui avait épousé un Anglais, la nationalité de son mari, malgré le fait que la femme se trouvait être de bonne foi, lors de la célébration du mariage annulé par le même Tribunal, pour défaut de compétence de l'officier d'état civil (2). Une pareille décision n'est pas seulement d'une orthodoxie critiquable, mais elle aboutit à des résultats singuliers, lorsqu'on se place au point de vue des effets produits

---

(1) D. P. 1921, 1, 1, note A. Colin; G. P. 1921, 1, 260. V. aussi Dalloz, *Répert. prat.*, V. *Nationalité*, suppl., n° 5; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome I, 5 éd., § 73, note 22, p. 409; Laurent, *Principes*, tome I, n° 348; Féraud-Giraud, *Jour. du Dr. int. privé*, 1885, p. 225 ss. V. cep., Blondeau, *Rev. de Dr. fr. et étrang.*, 1845, II, p. 142-144.

(2) 20 décembre 1935, G. P. 1936, 1, 427, note; Rev. crit. de Dr. int. privé, 1936, p. 436. V. aussi : Aubry et Rau, *op. cit.*, tome I, 4e et 7e édit., § 73, p. 427 ss.; Calbeirac, *La nationalité de la femme mariée*, 2e éd., p. 81; Maury, *Répert. de Dr. int. privé*, V. *Nationalité*, n° 310, p. 375. Cpr. Degni, *Della Cittadinanza*, n° 28, p. 162 ss. et n° 44, p. 234 ss.; *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati*, Legis. XXIII, Ia, *Sessione*, 1909-11, *Documenti, disegni di legge e relazioni*, n° 966-A. Le Trib. Civil de la Seine dans un arrêt du 22 févr. 1937, *Rev. crit. de Dr. inter.*, 1937, p. 650, s'est incliné dans le même sens, sous prétexte que le mariage avait été annulé par vice de forme, et que par conséquent c'était à la loi étrangère d'attribuer la nationalité.

par le mariage putatif à l'égard des enfants. En effet, d'après le système de ce jugement, l'enfant issu du mariage putatif sera considéré tantôt comme légitime, tantôt naturel. Tant qu'il est question des effets civils du mariage, sa condition d'enfant légitime prend le dessus et la putativité du mariage de ses parents reçoit pleine et entière satisfaction. Mais dès que l'on aborde la question de sa nationalité, la filiation naturelle est la seule qui doive lui être reconnue. L'on se trouve, par conséquent, en présence d'un individu considéré comme légitime du point de vue du Droit privé, et comme naturel du point de vue du Droit public.

La Cour de Douai, tout en confirmant le dit jugement quant au chef de la nullité du mariage, l'a réformé quant à la question de savoir si le mariage putatif opère, à l'instar du mariage valable, le changement de nationalité chez la femme, et a décidé que le mariage putatif doit être assimilé à cet égard au mariage régulier (3).

248. — L'erreur dans laquelle est tombé le Tribunal de Boulogne-sur-Mer procède à notre avis, de deux raisonnements manifestement erronés. Tout d'abord, c'est une erreur de supposer que la cause originaire des effets, en matière de mariage putatif, n'est autre que la bonne foi des parties et de vouloir opposer cet élément subjectif et personnel à la nationalité émanant directement du Droit public. Il n'est pas douteux que si les effets civils du mariage ne sont accordés, dans l'hypothèse des articles 201 et 202 du Code Civil, qu'eu égard à la croyance ou à l'ignorance des conjoints, il ne peut être question de leur attribuer un effet de l'importance et de la qualité de la nationalité. Mais telle n'est pas la vérité. Nous avons assez répété, au cours de nos développe-

(3) 1er avril 1936, D. P. 1936, 2, 70, note A. Rouast. V. aussi : Merlin, *Répert.*, V. *Mariage*, sect. 6, § 2, art. 184 du C. C., 4e quest.; Zachariae, *op. cit.*, tome I, § 73, texte et note 2; Demolombe, *op. cit.*, tome I, n° 183; Aubry et Rau, *op. cit.*, tome I, 5e éd., § 73, note 22, p. 409; Bourguignone, *Jurisp. du Code Crim.*, tome I, p. 73; Cogordan, *La nationalité*, p. 277; Despagnet et de Boeck, *Précis*, n° 132, p. 422; Weiss, *Traité*, tome I, p. 580 et 1re éd., p. 148; Pillet, *Traité*, n° 97, p. 211; Vincent et Penaud, *Dictionnaire*, V. *Nationalité*, n° 322; Valéry, *Manuel*, n° 200; Cawès, *Des rapports du mariage avec la nationalité*, thèse, Paris, 1900, p. 52-53; Stemler, *Application pratique*, dans le Journ. de Dr. int. pr., 1890, p. 562-580; Jules Valéry, note au *J. du Dr. int. pr.*, 1936, p. 379. Cpr. Legraverend, *Lég. crim.*, tome I, p. 97. Crim., 15 févr. 1819, S. 1819, 1, 348; Bordeaux, 14 mars 1850, D. P. 1853, 2, 178; Alger, 26 mai 1879, Bull. jud. Alg., 1881, p. 136, Rev. Alg. et Tun., 1890, 2, 118; J. du P., 1879, 1123, note Labbé. Trib. Civ. de la Seine, 1er août 1894, Paris, 16 janv. 1895 (sol. impl.), Journ. du Dr. int. pr., 1895, p. 1057; Paris, 14 mars 1889, *Le Droit*, 18 mars 1889; Alger, 13 févr. 1903, Rev. Alg., 1904, 141; Trib. de Tunis, 3e Ch., 14 juin 1906, Clunet, 1907, p. 439.

ments, que les effets du mariage putatif émanent d'un élément objectif et juridique, qui est le consentement des époux au mariage, élément dont l'importance qualitative est indiscutable. D'autre part, la décision du Tribunal de Boulogne accueille trop facilement l'opinion qui s'efforce de voir dans la nationalité un effet relevant exclusivement du Droit public. S'il est vrai, en effet, que la nationalité, observée sous l'angle des rapports qui s'établissent entre l'individu et l'Etat, possède un caractère incontestable d'ordre public ou d'un droit politique (4), il n'est pas moins vrai qu'elle perd ce caractère, lorsqu'au lieu de contempler le point de vue de la collectivité, on considère exclusivement le point de vue de l'individu. Il ne convient pas d'oublier que la nationalité est intimement rattachée au mariage et à la filiation. Dès lors, il est illogique de supposer que l'on peut faire abstraction de ces deux principes du Droit privé, lorsqu'on traite la question de la nationalité. Au contraire, on s'aperçoit que la nationalité, en tant qu'elle intéresse l'individu isolé et le conglomérat de la famille, est subordonnée au mariage et à la filiation. C'est donc que si, par nature, la nationalité relève du Droit public, elle n'est pas pour cela étrangère au Droit privé. A vrai dire, nous nous trouvons en présence, en examinant la nationalité, d'un de ces principes juridiques dont la nature n'est pas unique, mais au contraire multiforme, et qu'il serait vain de vouloir faire entrer dans un cadre trop étroit.

Allant plus loin dans notre raisonnement, nous dirons que l'acquisition et la perte de la nationalité n'ont pas été seulement subordonnées par le législateur dans certains cas au mariage (art. 12 et 19 du C. C. (*anciens*) et art. 8 de la loi du 10 août 1927) mais qu'elles en sont un effet civil (5). Sous l'empire du Code Civil une telle affirmation était certaine, la preuve en est que le chapitre Ier du livre Ier, contenant les anciens articles 12 et 19, est intitulé « De la jouissance des Droits Civils ». L'opinion doctrinale de Pothier n'était pas différente (6).

249. — Concluons dans le sens du changement de nationalité de la femme française ou étrangère en cas de mariage putatif,

(4) P. Fiore, *Du mariage célébré à l'étranger suivant la législation italienne*, Journ. du Dr int. privé, 1887, p. 160.

(5) Weiss, *op. cit.*, tome I, p. 581; Valéry, *op. cit.*, n°s 200, 3°, et 210, 2°. Alger, 13 févr. 1903, Clunet, 1904, p. 220; Rev. Alg., 1904, 141.

(6) V. la note de M. Rouast, sous Douai, 1er avril 1936, au D. P. 1936, 2, 70.

toutes les fois qu'elle se trouve être de bonne foi, dans les mêmes conditions où ce changement s'opérerait pour la femme ayant contracté un mariage valable. Ce changement de nationalité a lieu dans tous les cas où la bonne foi de la femme a été proclamée par le juge, sans que l'on ait à distinguer entre les cas de nullité relative ou absolue (7). Cette conséquence ne concerne nullement le Droit international privé, mais uniquement l'application de la putativité en cas de mariage inexistant. En vertu de cette extension des articles 201 et 202 du Code Civil aux cas d'inexistence, les effets produits par le mariage ne peuvent être que les mêmes en tous les cas, sans que l'on établisse de distinctions entre les cas d'inexistence et les cas de nullité (8). En outre, l'acquisition ou la perte de la nationalité par mariage putatif ne peut être que définitive, en ce sens, que tant que la femme mariée ne manifeste pas sa volonté claire et précise de reprendre sa nationalité de jeune fille, la nationalité de son mari lui demeure acquise (9). En ce qui concerne les enfants issus de l'union putative, le critérium à adopter pour discerner leur nationalité ne saurait faire de doute. Ces enfants sont des enfants légitimes : les règles édictées par la loi du 27 août 1927 pour cette catégorie d'enfants leur sont applicables. La mauvaise foi possible de leur père n'a pas d'influence, en quoi que ce soit, sur leur filiation. Si ces enfants sont des enfants naturels à l'égard de leur père, quand il prétend se prévaloir de la filiation qui le lie à ses fils, ils sont en droit, et d'une façon absolue, des enfants légitimes, quand ils invoquent un effet civil du mariage, à l'égard ou à l'encontre du père. Cette théorie que nous proposons, est la seule qui réponde aux exigences du mariage putatif. D'autre part, elle a l'avantage de conférer à tous les membres de la famille putative, dans tous les cas où c'est la mère qui est de bonne foi, une même nationalité.

---

(7) Weiss, *op. cit.*, tome I, p. 580; Meylan, *Les mariages mixtes*, thèse, p. 127. Contra : Robillard, *Essai*, p. 176 et 260; Le Sueur et Dreyfus, *La nationalité*, p. 172-173; De Folleville, *Traité*, n° 237, p. 178.

(8) V. *suprà*, n°s 103 ss.

(9) Contra : Robillard, *op. cit.*, p. 176; Stemler, *op. cit.*, *Journ. de Dr. int. privé*, p. 579-580. Crim., 18 avril 1819, S. 1819, 1, 348.

CONCLUSION

Tant que la théorie du mariage putatif était basée sur la bonne foi des conjoints, considérée comme seule et unique cause originaire de ses effets, on ne comprenait pas très bien comment la croyance que les époux avaient pu avoir en leur mariage ou leur ignorance des causes de sa nullité pouvaient engendrer des effets civils, non seulement en leur faveur, mais aussi à l'égard des enfants issus du mariage et des tiers. En effet, la bonne foi est une condition subjective et personnelle. Elle est intimement attachée à la personne.

Au contraire, le consentement des époux au mariage n'est pas destiné, dans une société ayant atteint un certain degré de développement, à produire des effets uniquement dans le cercle restreint des contractants, mais ses conséquences s'étendent jusqu'aux enfants et jusqu'à tous ceux qui ont passé des contrats avec les conjoints. La théorie du mariage putatif a beaucoup gagné en clarté, comme nous l'avons vu. Mais aussi, la science du droit a acquis, dans notre matière, cette objectivité qui lui est indispensable, et sans laquelle le droit ne serait qu'une vaine illusion, à la merci des passions et des sentiments individuels.

La condition de la bonne foi demeure, néanmoins, indispensable. Volontairement, nous nous sommes astreints à ne faire que de courtes allusions à la question, si débattue à l'étranger, de la nature juridique de la bonne foi. C'est un problème capital dont la solution est d'une importance extrême, pour résoudre d'autres questions, non moins discutées, comme celle de l'application de la putativité, en cas d'annulation du mariage pour cause de violence. Ce sont des problèmes qui nous paraissent ne pouvoir être étudiés qu'à la lumière du droit comparé. Nous y reviendrons dans un travail exclusivement dédié au Droit Comparé que nous pensons publier dans peu de temps.

Concluons en souhaitant l'intervention du législateur dans la matière du mariage putatif. Les vieux textes des articles 201 et 202 du Code Civil, pour avancés qu'ils aient pu paraître lors de

leur rédaction, laissent sans solution presque tous les problèmes que présente au magistrat l'application de l'institution qu'ils réglementent. Leur clarté n'est d'ailleurs qu'apparente, en réalité ils recèlent en germe toutes les complications auxquelles nous avons fait allusion au cours de notre travail. Des législations plus récentes, telles que la législation espagnole, celles des pays sud-américains, et le Projet définitif de Code Civil italien, contiennent une réglementation très détaillée et très précise du mariage putatif. Leurs vues, parfois originales et intéressantes, pourraient servir de modèle. L'on assisterait alors à un retour des choses, dont l'histoire juridique nous offre tant d'exemples. Ces législations, après avoir puisé jadis dans le Code Civil français l'origine laïque de l'institution, se verraient à leur tour requises pour fournir à celui-ci un apport nouveau. Cette constitution serait heureuse, car, au fond, rien ne s'oppose davantage à l'esprit scientifique, qu'il soit juridique ou mathématique, que le principe du vase clos, qu'il s'appelle nationalisme ou sectarisme.

VU :
Le Doyen,
GEORGES RIPERT.

VU :
Le Président de la thèse,
A. ROUAST.

VU *et permis d'imprimer :*
Le Recteur de l'Académie de Paris,
ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

DROIT CANONIQUE

Partie historique

AUGUSTIN A. S. — *De fide et operibus*. Migne, 40, 6, col. 197 et ss.
BARBOSA. — *Collectanea doctorum*. Lugduni, 1688.
BURCHARD DE WORMS. — *Decretorum libri XX*. Migne, 140, col. 537 et ss.
CAPELLO. — *Tractatus canonico-moralis de Sacramentis*. Torino, 1933, vol. III, *De Matrimonio*.
CHELODI. — *Ius matrimoniale iuxta codicem iuris canonici*. Ed. 3.
D'ANNIBALE. — *Summula theologicae moralis*. Romae, 1908.
DE LUCA. — *Theatrum veritatis et iustitiae*. Venetiis, 1698.
ENGEL. — *Collegium universi iuris canonici*. Venetiis, 1733.
ESMEIN A. — *Le mariage en Droit Canonique*, 2e éd., mise à jour par R. Génestal. 2 vol., Sirey, 1929.
FACHINUS A. — *Controversiarum iuris libri tredecim*. Edition postrera. Colonia, 1649.
FEDELE Pio. — *L'essenza della buona fede nella dottrina canonistica del matrimonio putativo*. Estratto dalla « Rivista di Diritto Civile », 1937. Societa Editrice Libraria, Milano, 1937.
GALGANO Salvatore. — *Violenza nel consenso e matrimonio putativo. Casus rariores. Saggi di Diritto Civile*. Parte Ia, dans la « Rivista di Diritto Civile », 1921, p. 209 et ss.
Parte IIa. *Sulla storia del matrimonio putativo*. Dans la « Rivista di Diritto Civile », 1921, p. 438 et ss.
GENESTAL R. — *La légitimation des enfants naturels en Droit Canonique*. Bibl. de l'Ecole des Hautes Etudes (Sciences religieuses). Tome XVIII, 1905, 2e partie.
GONZALEZ TELLEZ. — *Commentaria perpetua in singulos textus librorum Decretalium Gregorii IX*. Ed. Maceratae, 1766, Lugduni, 1673 et 1715.
HERTIUS. — *Commentationum atque oposculorum. De matrimonio putativo*. Anno 1700, tome I, p. 348 et ss.
HOSTIENSIS (Henricus de Segusio). — *Aurea Summa*. Venetiis, 1581.
HUGUCCIO. — *Glossae in Decretum Gratiani*. Bib. Nat. ms. lat., nos 3891 et 3892.
— *Summa d'Huguccio sur le Décret de Gratien, d'après le Manuscrit 3891 de la Bibliothèque Nationale*. Dans la Nouv. Rev. hist. de Dr. fr. et étrang., XXVII, 1903, p. 745-805, Roman.
HUGUES DE SAINT-VICTOR. — *Summa sententiarum septum tractatibus distincta*. Migne, 176, col. 41-42 et ss.
— *De sacramentis christianae fidei*. Migne, eod. vol., col. 173-174 et ss.
— *Notice sur Hugues de Saint-Victor par des religieux bénédictins de la Congrégation de St-Maur*. Migne, 175, col. CXXV.
JOHANES ANDREAE. — *In quartum Decretalium libr. Novella Commentaria*. Venetiis, 1581.
LE BRAS G. — *La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille*. Dict. de théol. cath. Vacant, Mangenet et Amann; V. *Mariage*, col. 2123 et ss.
LOMBARD Pierre. — *Sententiarum libri quatuor*. Migne, 192, col. 159 et ss.
MIGNE J.-P. — *Patrologiae cursus completus. Series prima*. Parisiis, venit apud editorum in via dicta d'Amboise, près la barrière d'Enfer ou Petit Montrouge.
PALEOTUS. — *De nothis spurisque filiis*, 1597.

PANORMITANUS. — *Commentarium in quartum et quintum librum Decretalium.* Venetiis, 1582.
PIRHING. — *Ius canonicum.* Venetiis, 1759
PONTIUS. — *De Sacramento matrimonii tractatus.* Venetiis, 1756.
RABANUS MAURUS (Raban Maur). — *De consanguineorum nuptiis et de magorum praestigiis falsisque divinationibus tractatus.* Migne, 110, col. 1087 et ss.
REIFFENSTUEL. — *Ius canonicum universum.* Romae, 1833.
SACRA ROTA ROMANA. — *Decisionum recentiarum.* Venetiis, 1716.
SCHMALZGRUEBER. — *Ius ecclesiasticum universum.* Romae, 1845.
SCHMIER. — *Iurisprudentia canonica-civilis.* Venetiis, 1754.
SANCHEZ. — *Disputationum de Sancto Matrimonii Sacramento.* Venetiis, 1737, et Antverpiae, 1652.
SUAREZ. — *De Sacramentis.* Venetiis, 1748.
TANCREDE. — *Summa de matrimonio.* Göttingae, 1841.
VERNET F. — *Hugues de Saint-Victor. Sa vie.* Dict. de théol. cath., Vacant, Mangenet et Amann.
WERNZ-VIDAL. — *Ius canonicum.* Tomus V. *Ius matrimoniales.* Romae, 1925.
WIESTNER. — *Institutiones canonicae.* Monachii, 1706.
YVES DE CHARTRES. — *Opera omnia.* Migne, 16. *Incipit Panormia.* Migne, 161, 1, col. 1045 et ss.
ZHISHMAN Jos. Dr. — *Das Eherecht der Orientalischen Kirche.* Wien, Braumüller, 1864.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

ANNE ROBERT. — *Quatre livres des arrêts et choses iugées par la Court* (trad. fr.). Paris, 1611.
ARGOU Gabriel. — *Institution.* Edit. Beaucher, Paris, 1771.
BACQUET Jean. — *Les œuvres de...* Edit. Ferrière, Lyon, 1744.
BARDET P. — *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris.* Nouvelle édition. Avignon, 1773, 2 vol.
BERAULT J. — *La Coustume réformée du Pays et Duché de Normandie.* Rouen, 1612.
BLONDEAU C. — *Journal du Palais ou Recueil des principales décisions de tous les Parlements et Cours souveraines de France,* 4e édit. Paris, 1755.
BONIFACE. — *Arrêts notables.* Paris, 1750, 5 vol.
BOURJON F. — *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris.* Ed. 1770.
BRODEAU J. — *Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris.* Edit. Louet, 1742.
CATELLAN François de. — *Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse.* Toulouse, 1756.
CHARONDAS, dit LE CARON. — *Réponses du Droit françois.* Lyon, 1596, 1 vol.
— *Nouveau commentaire sur le Droit Civil parisien.* Paris, 1613.
— *Réponses et décisions du Droit françois.* Paris, 1637.
CORBIN Jacques. — *Les lois de la France.* Paris, 1614.
CUJACIJ JACOBI. — *Operum priorum.* Neapoli, 1722, 2 vol.
D'AGUESSEAU H.-F. — *Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau mises au jour par M. Pardessus.* Ed. Fantin, Paris, 1819.
DENISART. — *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle,* 4 vol. Paris, 1771.
DOMAT J. — *Lois civiles.* Ed. Le Clerc. Paris, 1777.
DUMOULIN Charles. — *Conférence de la Coustume de Paris avec les autres Coustumes de France.* Paris, 1622.
FAVER (Le Prés.). — *Codex Fabrianus definitionum.* Lyon, 1649.
FERRARI (Iacobi). — *Iuris tractatus vari.* Toulouse, 1652.
FERRIÈRES (Claude de). — *Introduction au Droit Ecclésiastique et Canonique.* Paris, 1707.
FEVRET. — *Traité de l'abus.* Lausanne, 1778.
FURGOLE Jean-Baptiste. — *Traité des testaments.* Tome I. Ed. Nully. Paris, 1745.
GUY COQUILLE. — *La Coutume du Nivernois.* Ed Dupin. Paris, 1864.
— *Les œuvres de Maistre,* 2 tomes, 1 vol. Ed. Labottière. Bordeaux, 1703.

HENRYS & BRETONNIER. — *Recueil d'arrêts.* 4 vol. Paris, 1738.
LE BRUN Denis. — *Traité des successions.* Ed. Knapper. Paris, 1775.
LE PRESTRE Claude. — *Questions notables de Droit et Traité sur les mariages clandestins.* Paris, 1645.
LOUET G. — *Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris.* Nouv. édit. Paris, 1742.
MAYNARD Géraud. — *Notables et singulières questions de Droit Ecrit.* Toulouse, 1751.
PAPON Jean. — *Instrument du premier notaire.* Paris, 1626.
PARLEMENT DE PARIS. — *Journal des principales audiences du Parlement corrigé par de la Guessière.* Paris, 1755.
POTHIER. — *Œuvres complètes. Traité du contrat de mariage.* Ed. M. Dupin. Tome V. Paris, 1825. — *Traité des successions.* Ed. M. Dupin. Tome VII. Paris, 1825.
— *Œuvres de Pothier annotées par Bugnet.* Tome I. — *Coutume d'Orléans.* Paris, 1845 (1).
RAVIOT-PERRIER. — *Arrests notables du Parlement de Dijon.* 2 vol. Dijon, 1735.
RICHER. — *Traité de la mort civile.* Paris, 1775.
SERVIN. — *Actions notables et plaidoyez.* Paris, Jean Gosselin, 1631.
SOEFVE. — *Nouveau recueil de plusieurs questions notables tant de droit que de coutumes.* 2 vol. Paris, 1682.

DROIT MODERNE

Traités généraux

ALLEMAND L.-Ch.-A. — *Traité du mariage et de ses effets.* Riom, 1847.
AUBRY & RAU. — *Cours de Droit Civil français,* tome V, 4e et 5e édit. Paris, 1872; tome VII, par BARTIN, 5e édit., Paris, 1913; tome I, *idem,* 7e édit., Paris, 1936.
BAUDRY-LACANTINERIE & HOUQUES-FOURCADE. — *Traité théorique et pratique de Droit Civil, Des personnes,* tome III, 3e édit. Paris, 1908.
BAUDRY-LACANTINERIE & J. BONNECASE. — *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit Civil,* tome I, 1924; tome IV, 1926; tome VI, 1935.
BAUDRY-LACANTINERIE & GUYOT. — *Précis de Droit Civil,* 14e édit., 3 vol. Paris, 1926.
BEUDANT Ch. & LEREBOURS-PIGEONNIERE. — *Cours de Droit Civil,* 2e édit. Paris, 1910-1912.
COLIN A. & CAPITANT H. (J. de la Morandière). — *Cours élémentaire de Droit Civil français,* 8e édit. Paris, 1934.
DELVINCOURT C.-E. — *Cours de Code Napoléon, contenant les Institutes de Droit Civil français.* Paris, 1813.
DEMANTE & COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique de Code Civil,* 3e édit. Paris, 1895.
DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon,* 31 vol. Paris, 1827-1882.
DUCAURROY, BONNIER & ROUSTAIN. — *Commentaire théorique et pratique du Code Civil.* Paris, 1848.
DURANTON A. — *Cours de Droit français,* 2e édit. Paris, 1828.
HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code Civil français,* 15 vol. Paris, 1892-1903.
JOSSERAND. — *Cours de Droit Civil positif français,* 2e édit. Paris, Sirey, 1932.
LAURENT F. — *Principes de Droit Civil,* 3e édit., tome II. Bruxelles-Paris, 1878.
— *Cours élémentaire de Droit Civil.* Bruxelles, 1880.
MARCADE V. N. — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon,* 5e édit. Paris, 1885.
MOURLON & DEMANGEAT. — *Répétitions écrites sur le Code Civil,* 3 vol. Paris, 1896.
PLANIOL & RIPERT. — *Traité élémentaire de Droit Civil,* 12e *édit.* Paris, 1932.

---

(1) Chaque fois que nous nous référons à l'édition Bugnet, nous l'indiquons expressément.

PROUDHON. — *Cours de Droit français*. Dijon, 1810.
ROUAST, dans PLANIOL & RIPERT. — *Traité pratique de Droit Civil français*, tome II, *La Famille*. Paris, 1926.
SURVILLE F. — *Eléments d'un Cours de Droit Civil français*, 3 vol., 2e édit. Paris, 1910-1912.
TAULIER. — *Théorie raisonnée du Code Civil*, 7 vol. Paris, 1848.
TOULLIER, continué par DUVERGIER. — *Le Droit Civil français*, 6e édit. Paris, 1845.
VALETTE A. — *Cours de Code Civil*, tome I. Paris, 1872.
VALETTE, sur PROUDHON. — *Traité sur l'état des personnes*, 3e édit., 2 vol. Paris, 1842.
VALETTE M. — *Explication sommaire du livre premier du Code Napoléon*. Paris, 1859.
VAZEILLE. — *Traité du mariage*, tome I. Paris, 1825.
ZACHARIAE, annoté par MASSE & VERGE. — *Le Droit Civil français*, 5 vol. Paris, 1854-1860.

Thèses

ALGIU A. — *Etude sur la règle « Error communis facit jus »*. Paris, 1912.
ARTHAUD. — *De la bonne foi et de ses effets en matière civile*. Paris, 1874.
BARRAU P. — *De la bonne foi dans les questions d'état et de possession*. Aix, 1865.
BASSEDEVANT J. — *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage, du Concile de Trente au Code Civil*. Paris, 1900.
BRIERE M. — *Le fondement de la filiation légitime*. Caen, 1938.
CARTERON P. — *Du mariage putatif et des effets de la nullité en général, en matière de mariage*. Paris, 1907.
COSTE Ch. — *Des effets de la bonne foi sur les mariages nuls et annulés*. Toulouse, 1854.
COSTE-FLORET. — *La nature juridique du mariage*. Montpellier, 1935.
DAUVILLIER J. — *Le mariage dans le Droit classique de l'Eglise depuis le décret de Gratien* (1140) *jusqu'à la mort de Clément V* (1314). Paris, 1933.
DROGOUL F. — *Essai d'une théorie générale des nullités*. Aix, 1902.
GAUDEMET P. — *Du mariage putatif et de ses effets*. Dijon, 1865.
GAULTIER A.-G. — *Des demandes en nullité de mariage et du mariage putatif*. Paris, 1863.
GORPHE F. — *Le principe de la bonne foi*. Paris, 1928.
HARTEMANN Ed. — *Etude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables*. Nancy, 1889.
JAPIOT R. — *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*. Paris, 1909.
JAUBERT J. — *Des effets civils de la bonne foi*, Thèse. Paris, 1899.
LAGUETTE G. — *Les rapports pécuniaires des époux à partir de l'instance en divorce ou en séparation de corps*. Paris, 1938.
LASSERRE B. — *Légitimation des enfants adultérins*. Paris, 1931.
LAURENT J.-Ch. — *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*. Caen, 1931.
LE MOIGNE G. — *Erreurs en matière civile*. Paris, 1869.
LONIEWSKI A. — *Essai sur le rôle actuel de la maxime « Error communis facit jus »*. Aix, 1905.
LOYER J. — *Les actes inexistants*. Rennes, 1908.
MARTY G. — *La distinction du fait et du droit*. Toulouse, 1929.
MILLET J.-Ed. — *De l'erreur et de la bonne foi, en Droit romain et en Droit français*. Paris, 1871.
MOREL R. — *Etude historique sur le mariage putatif*. Paris, 1913.
PIEDELIEVRE J. — *Des effets produits par les actes nuls. Essai d'une théorie d'ensemble*. Paris, 1911.
PILASTRE E. — *Recherches sur le mariage putatif et la légitimation dans l'Ancien et le Nouveau Droit français*. Paris, 1861.
PIZE G. — *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*. Caen, 1897.
SIMIONESCO J. — *De la violence et de ses effets dans les actes juridiques nuls*. Nancy, 1914

DROIT INTERNATIONAL PRIVE

ARMINJON. — *Précis de Droit international privé*, 2 vol., 2e édit. Paris, 1934.
AUDINET E. — *Principes élémentaires du Droit international privé*, 2e éd. Paris, 1906.
BARTIN E. — *Principes de Droit international privé*. Paris, 1930.
BROCHER. — *Nouveau traité de Droit international privé*. Paris, 1876.
CAWES. — *Des rapports du mariage avec la nationalité*, Thèse. Paris, 1900.
COGORDAN. — *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, 2e édit. Paris, 1890.
DESPAGNET & DE BOECK. — *Précis de Droit international privé*, 5e éd. Paris, 1909.
FOLLEVILLE (de). — *Traité théorique et pratique de la naturalisation*. Paris, 1880.
LAPRADELLE-NIBOYET. — *Répertoire de Droit international*.
LE SUEUR & DREYFUS. — *La nationalité*. Paris, 1890
MEYLAN. — *Les mariages mixtes en Afrique du Nord*. Thèse. Paris, 1933.
NIBOYET. — *Manuel de Droit international privé*. Paris, 1914.
PILET. — *Traité pratique de Droit international privé*. Tome I, 1923.
ROBILLARD. — *Essai sur l'acquisition et la perte de la qualité de Français*. Paris, 1875.
SOLUS H. — *Traité de la condition des indigènes en Droit privé*. Paris, 1927.
STEMLER O. — *Application pratique de la nouvelle loi sur la nationalité par l'administration*, dans Journ. de Dr. int. priv., 1890, p. 385 ss. En particulier: p. 561-586.
VALERY. — *Manuel de Droit international privé*. Paris, 1914.
VINCENT & PENAUD. — *Dictionnaire de Droit international privé*. Paris, 1897 et suppl.
WEISS. — *Traité théorique et pratique de Droit international privé*, 2e éd. Paris, 1912.

ARTICLES DE REVUES

AMIOT. — *Un mariage inexistant peut-il être putatif ?* dans la Rev. trim. de Dr. civ., 1902, p. 584-585.
BINET E. — La Grande Encyclopédie, V. *Bonne foi*.
BOSCO M.-G. — *Le nuove leggi sul matrimonio e la loro influenza nel diritto internazionale privato italiano*, dans la Riv. di Dir. int., Ser. III, vol. IX, fasc. 13, p. 366-378.
BRESSOLLES G. — *De l'histoire et de la philosophie dans l'étude des lois civiles. De l'erreur de droit*, dans la Rev. de lég. et de jur., 1843, tome XVII, p. 602-622.
BRESSOLLES M. — *De la légitimation par mariage subséquent des enfants nés de parents qui pour se marier avaient besoin de dispense*, dans la Rev. crit. de lég. et de jur., 1854, tome V, p. 216-230.
BRETON A. — *Des effets civils de la bonne foi*, dans la Rev. crit. de lég. et de jur., 1926, p. 86-111.
BRIÈRE (de la) Yves. — *La Renaissance contemporaine du Droit Canonique dans plusieurs législations séculières grâce aux divers Concordats du Pontificat de Pie XI*, dans la Rev. de Dr. int., 1935, p. 213-245.
CAPITANT H. — *De la simplification des conditions et formalités exigées par le Code Napoléon pour le mariage*, dans la Rev. crit. de lég. et de jur., 1930, p. 31 ss.
CHARMONT J. — *Examen doctrinal. Jurisprudence civile. Etat et capacité des personnes*, dans la Rev. crit. de lég. et de jur., 1892, p. 65-84, notamment n° 1, p. 65-66.
COHENDY G. — *Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre pubic*, Rev. trim. de Dr. civ., 1914, p. 33-67.
COIN-DELISLE. — *Examen doctrinal*. III. *Bigamie. Règlement de communauté*, dans la Rev. crit. de lég. et de jur., 1854, tome V, p. 216-230.
DEREUX. — *Etude critique de l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi »*, dans la Rev. trim. de Dr. civ., 1907, p. 513-554.
DRAMARD E. — La Grande Encyclopédie, v. *Mariage putatif*.
FOELIX. — *De la mort civile et de l'amnistie*, dans la Rev. de Dr. fr. et étrang., 1845, II, p. 485 ss.
GIRAUD Ch. — *Des libertés de l'Eglise Gallicane*, dans la Rev. de lég., nouvelle série, 1845, tome II, p. 341-370 et tome III, p. 57 ss.

HUC T. — *Influence du Droit canonique sur la constitution juridique de la famille*, dans la Rev. crit. de lég. et de jur., 1856, tome IX, p. 224-243.
JOSSERAND. — *Personnes et droits de famille*, dans la Rev. trim. de Dr. civ., 1906, p. 391 ss.
LAGARDE G. — *La théorie du mariage putatif et la succession de l'époux de bonne foi décédé avant l'annulation du mariage*, dans la Rev. trim. de Dr. civ., 1935, p. 814-815.
LEVY Ed. — *Les enfants adultérins peuvent-ils être légitimés par un mariage putatif ?* dans la Gaz. des Trib., 9 janvier 1920.
— *Légitime ou légitimité ?* dans les Lois Nouvelles, 1930, 2e part., p. 81 ss.
— *L'union par le mariage*, dans la Rev. crit. de doctr. et de jur., 1932, p. 66 ss.
MASSIGLI Ch. — *Examen doctrinal. Jurisprudence civile. Etat et capacité des personnes*, dans la Rev. crit. de lég. et de jur., p. 129-143.
MAZEAUD. — « *Error communis facit jus* », dans la Rev. trim. de Dr. civ., 1924, p. 928-964.
PERITCH J. — *De la forme du mariage dans le Droit international privé d'après la législation serbe*, Extrait de la Rev. de Dr. intern. et de lég. comp., 2e série, tome XIII, 1911, 43e année.
PERREAU E.-H. — *De la nullité du mariage par l'absence des organes génitaux*, dans la Rev. crit de lég. et de jur., 1903, p. 193 ss.
POCHANNET E. — *De l'erreur de droit, dans la Rev. crit. de lég. et de jur.*, 1856, tome VIII, p. 165-179, et 1856, tome IX, p. 178-207.
ROUAST A. — *Questions de filiation*, dans la Rev. crit de lég. et de jur., tome XLIV, 1924, nouvelle série, p. 66 et ss.
— *La condition juridique de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage*, dans la Rev. trim. de Dr. civ., 1924, p. 137-152.
— *Examen doctrinal. Jurisprudence civile. Mariage et divorce.* (Décisions rendues en 1926 et 1927) dans la Rev. crit de lég. et de jur., 1928, p. 257 ss.
ROUX P. — *Questions de droit. Bigamie, mariage putatif et légitimation*, dans la Gaz. des Trib., 24-25 décembre 1919.
SAVATIER R. — *Puissance maritale*, dans la Rev. crit. de lég. et de jur., 136, p. 206 ss.
SCHAEFFER Prosper. — *Etudes sur le second mariage contracté avant la dissolution du premier*, dans la Rev. crit. de lég. et de jur., 1879, p. 387-425, et 1880, p. 15-46.
SOUCHON A. — *Commentaire de la loi qui modifie les droits des époux sur la succession de son conjoint précédé* (art. 767 et 205 C. c.), dans la Rev. crit. de lég. et de jur., 1891, p. 223-242.
SOULIE J. — *De la date de la dissolution par le divorce*, dans la Rev. crit de lég. et de jur., 1895, p. 252-266.
SURVILLE F. — *Jurisprudence française en matière de Droit international privé*, dans la Rev. crit. de la doctr. et de la jur., 1910, p. 66 ss.
VALABREGUE E. — *De la maxime « Error communis facit jus »*, dans la Rev. crit. de lég. et de jur., 1890, p. 30-76.
VECCHIO (del). — *Sulla idea di una scienza del Diritto universale comparato*, 2e édit., Torino 1909, et la trad. fr. de M. René Francez, Paris 1911.
— *Il progresso giuridico. Estratto della Rivista italiana di Sociologia*, anno XV, fasc. V. Settembre-Ottobre 1911, Roma, 1911.
WALH. — *Le mariage par procuration des mobilisés*, dans la Rev. trim. de Dr. civ., 1915, p. 5-51.
— *La législation civile de la guerre du 1er avril au 10 décembre* 1915, dans la Rev. trim. de Dr. civ., 1915, p. 599-814.

AUTRES TRAVAUX

BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER. — *De la prescription*, 4e éd., 1924.
BEACH Charles-F. — *Le Droit civil en Amérique*. Discours d'ouverture à la Fac. de Droit de St-Paul. Pédone, Paris, 1919.
BONFANTE P. — *Essenza della buona fides et suo rapporto colla teorica dell'errore*. Bullettino di Dir. Rom., anno VI (1893), p. 85 ss.

BRISSAUD. — *Cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.* 2 vol. Paris 1904.
BRUNS. — *Die bona fides bei der Ersitzung*, Berlin, 1872.
BUFNOIR. — *Propriété et contrat.* Paris, 1900.
CAMPOS Y PULIDO. — *Cuestiones canonicas.* Revista general de leg. y de jur., Madrid, 1925, p. 131 ss.
CAPITANT H. — *Introduction à l'étude du Droit civil.* 5e éd., Paris, 1929.
— *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* (supp. au cours élémentaire). Paris, 1934.
CARIDDI. — *Il matrimonio putativo e sua origine storica.* Messina. Tip. dell'Epoca, 1894.
CHABOT M. — *Commentaire sur la loi des successions*, 3 vol., 5e éd., Paris, 1818.
CODE CIVIL. — *Projet de Code civil présenté par la Commission nommée par le Gouvernement le 24 Thermidor an VIII.*
— *Avec des notes explicatives rédigées par des jurisconsultes qui ont concourru à la confection du Code.* Paris, 1803.
— *Observations des Tribunaux d'Appel sur le Projet du Code civil.* Paris, Brumaire an X.
— *Obeservations du Tribunal de Cassation sur le Projet de Code civil.* An X.
CRISAFULLI M. — *Il matrimonio putativo in Diritto Civile.* Union tipog. Torino, 1915.
DEGNI Francesco. — *Della cittadinanza*, Napoli-Torino, 1921.
DECKERS René. — *La fiction juridique.* Sirey, Paris, 1935.
DEMOGUE. — *Les notions fondamentales du droit privé.* Essai critique. Paris, Rousseau, 1911.
— *Traité des obligations en général. Source des obligations.* Paris, Rousseau, 1923-1924. Spécialement t. I, chap. V *in fine :* De la maxime « *Error communis facit jus* ».
DOLIVO. — *Le mariage, ses efets et sa dissolution en Droit soviétique.* Lausanne, Thèse, 1936.
DUGUIT. — *Quelques mots sur la famille primitve.* Conférence faite à Bordeaux le 16 mars 1883.
— *Des conflits de législation relatifs à la forme des actes civils.* Paris, 1882.
— *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon.* 2e éd., Paris, 1920.
FALCO M. — *Ancora sulle cause di nullita di matrimonio secondo il diritto canonico e secondo il diritto civile italiano.* Dans la Riv. di Dir. matr. it., no 2, 1936.
— *Corso di diritto ecclesiastico.* Padova, Cedam, 1933-1935, 2 vol.
FAURE J. — *Justa causa et bonne foi. Essai d'explication des singularités de l'usucapion « pro emptore » en Droit classique romain.* Thèse, Lausanne, 1936.
FEDELE. — *Impedimenti pubblici, occulti e dubbi nel matrimonio putativo.* Diritto ecclesiastico, 1935, p. 40.
FENET. — *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil.* Paris, 1836. En particulier, tome IX.
FRIEDBERG E. — *Tratatto del Diritto ecclesiastico ed Evangelico.* Ed. it., Torino, 1893.
GALGANO S. — *Sulla essenza della buona e della mala fede.* Athenaeum, Roma, 1914
GENY F. — *Méthodes d'interprétation et sources en Droit privé positif.* Paris, 1932.
— *Science et technique*, 4 vol. Paris, 1915-1925.
— *La notion de Droit en France.* Arch. de phil. du droit et de sociol. jur., tome I, p. 10.
GILLET. — *Rapport fait au Tribunal au nom de la Section de Législation par M...* (de Seine-et-Oise) *dans la séance du 23 ventôse an XI* (14 *mars* 1803). V. Locré, *Législation*, tome IV, p. 526 ss.
GLASSON E. — *Du consentement des époux au mariage.* Paris, 1886.
GLUCK F. — *Commentaria alle Pandette* (tr. it.). Milano, 1886.
GUILLOUARD. — *Traité de la prescription.* Paris, 1901.
HAMILTON E. — *Familia y Estado.* Santiago de Chile, 1933.
HOROY. — *Cours de Droit canonique dans ses rapports avec le Droit civil. Traité du mariage.* Paris, 1886.
HUC et ORSIER. — *Le Code civil italien et le Code Napoléon.* 2 vol. Paris, 1868.

IBANEZ DE LAS HERAS. — *La presuncion de muerte y sus efectos con relacion al matrimonio.* Rev. gen. de leg. y de jur., Madrid, 1924, p. 131 ss.
JEZE G. — *Les principes généraux du Droit administratif.* Paris, Giard et Brière, 2e éd., 1914. Spécialement liv. III, chap. III ; *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait.*
JOSSERAND. — *Evolutions et actualités. Conférences de Droit civil.* Paris, 1936.
— *Essais de théorie juridique.* Tome II. *Les mobiles dans les actes juridiques du Droit privé.* Paris, 1928.
LAURENT F. — *L'Eglise et l'Etat.* 2 vol. Bruxelles, 1858-1862.
— *Avant-Projet de révision du Code civil.* Bruxelles, 1882, 7 vol.
LE BRAS Gabriel. — *Canon Law in the legacy of the Middle Ages.* Oxford, 1927.
LE FUR E. — *Les grands problèmes du Droit.* Paris, 1937.
LE GRAVEREND. — *Traité de la Législation criminelle en France.* 3e éd., tome I, Paris, 1830.
LEVY Ed. — *Les difficultés du mariage.* Paris, 1923.
— *Traité pratique de la légitimation.* 2e éd., Paris, 1926.
LOCRE. — *La législation civile, commerciale et criminelle de la France.* Paris, 1827: En particulier tome IV.
— *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion.* Paris, 1806.
LOISEAU M. — *Traité des enfants naturels, adultérins, incestueux et abandonnés.* Paris, 1811.
LOMONACO G. — *Istituzioni di Diritto civile italiano,* Napoli, 1894.
MAGNIN A. — *Traité des minorités, tutelles et curatelles,* 2 vol. Paris, 1833.
MAGNIN E. — *L'Eglise wisigothique au VIIe siècle.* Paris, 1912.
MANKIEWICZ. — *Die Voraussetzungen der Putativehe,* Göttingen, 1895.
MASSINI. — *Del matrimonio nullo contratto in buona fede.* Roma, 1899.
MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence.* 5e éd., Paris, 1827.
— *Recueil alphabétique des questions de Droit.* Paris, 1830.
MEYNIAL Ed. — *Le mariage après les invasions.* 1er fsc. Extrait de la N. R. H. de Dr. fr. et étr., Paris, 1898.
MORGAN Lewis H. — *Ancient Society or researches in the lines of human progress from savagery through barbarism to civilization.* London, 1887.
PERNICE. — M. A. Labeo. Halle, 1895, II.
PORTALIS. — *Discours, Rapports et Travaux inédits sur le Code civil.* Paris, 1840.
RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles,* 2e éd., Paris, 1927.
ROGUIN. — *La règle de droit, précédé d'une introduction sur la classification des disciplines.* Lausanne, 1895.
— *La science juridique pure.* Paris-Lausanne, 1923.
RUFFINI. — *La buona fede in materia di prescripzione. Storia della teoria canonistica.* Torino, Bocca, 1892.
SICE E. — *Traité des Lois mahométanes.* Extrait du Journ. Asiatique. Paris, 1858.
SIETE PARTIDAS (Las). — *Del Rey don Alfonso el Sabio.* Real Academia de la Historia. 3 vol. Madrid, 1807.
VECCHIO del. — *Leçons de philosophie du Droit* (tr. fr.). Préface de Louis Le Fur. Paris, 1936.
WACHTER. — *Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums.* Leipzig, 1871.
WESTERMARCK Ed. — *Histoire du mariage.* Tr. fr. Van Genepp. Paris, 1934.
WINDSCHEID B. — *Diritto delle Pandette.* Tr. it. Torino, 1930.

CODES, RECUEILS ET REVUES

Annuaire de législation étrangère.
Code civil annoté, par Fuzier-Hermann et Démogue, Sirey, 1935.
Code pénal annoté, par Garçon E., Paris, 1901-1906.
Dalloz, *Recueil périodique et critique* (D. P.).
Dalloz, *Recueil hebdomadaire de jurisprudence* (D. H.).
— *Nouveau Code civil annoté.* Paris, 1900-1905.
— *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence.* Tome VIII (1892), v. *Mariage,* nos 636-684.

Dalloz, *Supplément au Répertoire*. Tome X (1892), v. *Mariage*, nos 318-339.
— aîné, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*. Tome 31 (1854), v. *Mariage*, nos 580-607.
— *Dictionnaire pratique de Droit*, publié par Griolet et Vergé, 2 vol., 1909. Additions, 1 vol., Ed. 1922.
Gazette des Tribunaux.
Gazette du Palais (P.).
Journal du Palais.
Journal du Droit international privé.
Journal des arrêts de la Cour d'Amiens.
Journal des Audiences de la Cour d'Amiens.
Le Droit.
La Loi.
Pandectes Françaises, Recueil de jurisprudence et de législation.
— — Répertoire.
Lois nouvelles (Les), Revues de législation et de jurisprudence.
Revue de législation et jurisprudence (jusqu'à 1854).
Revue critique de législation et jurisprudence (depuis 1855).
Revue de Droit international privé (depuis 1905).
Revue (Nouvelle) de Droit international privé.
Revue trimestrielle de Droit civil.
Revue Algérienne et Tunisienne de législation et de jurisprudence.
Revue de Droit français et étranger.
Recueil général de jurisprudence, de doctrine et de législation coloniales. (Tribune des Colonies).
Semaine juridique.
Sirey, Recueil général des lois et des arrêts (S.).
— *Répertoire général alphabétique du Droit français et suppléments*.
Répertoire pratique du Droit belge, par Brunnet et Servais.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

1. Etymologie de l'expression « mariage putatif ». — **2.** Rapports entre le mot « mariage » et le « matriarcat ». — **3.** Origines juridiques et bibliques du mot « putatif ». — **4.** Création de l'expression « mariage putatif » par le Droit Canonique p. 1 à 5

PREMIERE PARTIE

Les origines historiques

TITRE I. — LES PREMIERS TEXTES SUR LA MATIERE

5. Intérêt d'une étude historique. — **6.** Diverses théories proposées.. p. 7 à 9

Section I. — L'Etude des Textes

A. *Les sources romaines*

7. Nullité du mariage. La règle en Droit Romain. Textes. — **8.** Exceptions sous la forme de rescrits. — **9.** Exceptions sous la forme de constitutions. — **10.** Les textes romains et la théorie du mariage putatif. Importance de la bonne foi en Droit Romain; date de son apparition ..... p. 9 à 14

B. *Les sources canoniques*

11. Textes antérieurs au XIIe siècle. Les *Petri Exceptiones*. Les Collections anonymes sur le mariage. Opinion de Saint-Augustin. Le silence de Burchard de Worms. — **12.** Date d'apparition du mariage putatif. Le rôle de Pierre Lombard dans la formation de la théorie. — **13.** Son vrai fondateur : Hugues de Saint-Victor. — **14.** Analyse de sa *Summa Sententiarum* et de son ouvrage *De Sacramentis*. — **15.** Comparaison des textes de Pierre Lombard et d'Hugues de Saint-Victor. — **16.** Epanouissement de la théorie dans l'œuvre d'Huguccio de Pise : *Summa ad Decretum*..... p. 14 à 21

Section II. — Définition, portée et application de la Théorie en Droit Canonique

17. L'œuvre d'Hertius : *Commentatio de matrimonio putativo*. Diverses définitions possibles du mariage putatif. — **18.** L'institution du mariage putatif dans l'Eglise Orientale. — **19.** Espèce célèbre ..... p. 21 à 27

Section III. — Causes juridiques et sociales de l'apparition du mariage putatif

20. Difficultés d'une énumération complète. Rôle de l'Eglise dans la législation du mariage.. Date approximative de son avènement au pouvoir temporel. Doctrine des Pères de l'Eglise sur le mariage et le concubinage. — **21.** Simplicité du mariage dans

l'Antiquité et à Rome. — **22.** Liste impressionnante des empêchements dirimants. — **23.** Troubles causés par les guerres. — **24.** Conduite relâchée des prêtres. Le mariage putatif correctif puissant. — **25.** L'Ancien Testament opposé à la théorie du mariage putatif ..... p. 27 à 35

TITRE II. — ANCIEN DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION

26. Résumé de la législation du mariage. Persistance des anciennes causes juridiques et sociales ..... p. 37 et 38

CHAPITRE I. — INFLUENCE DES PRATICIENS DE L'ANCIEN DROIT SUR LA THEORIE DU MARIAGE PUTATIF

27. Silence des Ordonnances. — **28.** Influence sur les conditions, sur le fondement moral et éthique, et sur les effets du mariage putatif ..... p. 39 à 42

CHAPITRE II. — ACCEPTATION DU PRINCIPE

28 bis. Rôle capital joué par les Parlements. Mérites d'une célèbre plaidoirie de d'Aguesseau ..... p. 42 à 44

Section I. — Condition de la célébration solennelle et publique

29. Date de son introduction dans la théorie, date de sa disparition. — **30.** Condition de la célébration « in facie Ecclesiae » en Droit Canonique. — **31.** Mariage célébré « coram parocho » et « testibus » mais sans « denunciationes ». — **32.** Opinion doctrinale et jurisprudentielle. — **33.** Arrêt exceptionnel : putativité sans célébration du mariage. — **34.** Rôle joué par chacun des éléments de la célébration en matière de mariage putatif. — **35.** Rôle de la bénédiction nuptiale dans le mariage. — **36.** L'absence de bénédiction et le principe du mariage putatif ..... p. 44 à 53

Section II. — Maintien de la condition de la bonne foi

37. Caractère indispensable de la bonne foi. Sa nature juridique ; sa puissance. — **38.** Restriction arbitraire des effets de l'institution à l'égard des enfants nés d'un religieux profès et d'une femme de bonne foi ..... p. 54 à 57

§ I. — Bonne foi unilatérale

39. Opinion des auteurs. Pratique de la jurisprudence. Sentence rendue par Saint-Louis en 1246 en faveur des enfants de Marguerite de Flandre. Arrêts des Parlements de Droit Ecrit et des Pays de Coutumes. — **40.** Autres arrêts célèbres. Cour de l'Echiquier de Normandie. — **41.** Difficultés pratiques en cas de bigamie : affaire Labbé. ..... p. 57 à 63

§ II. — De l'erreur de droit

42. Les sources traditionnelles. — **43.** L'erreur de droit en Droit Canonique ; hésitations de Panormitanus. — **44.** Opinion des anciens auteurs. — **45.** Pratique jurisprudentielle ..... p. 63 à 67

§ III. — Appréciation de la bonne foi

46. Tâche aisée du magistrat de l'Ancien Droit. — **47.** Rapports entre la fraude et la mauvaise foi en matière de mariage putatif. — **48.** Moment d'appréciation de la bonne foi. Rapprochement avec le système employé en matière de prescription. Particularités en matière de mariage ..... p. 67 à 71

§ IV. — Charge de la preuve

49. Distinction entre l'erreur de fait et de droit. Présomption de bonne foi en cas d'erreur de fait. La précipitation des époux au mariage ne détruit pas cette présomption ..... p. 71 à 73

Section III. — De la juste cause d'erreur

50. Rôle de la juste cause d'erreur en matière de mariage putatif. — **51.** Différence entre le Droit Canonique et l'Ancien Droit français en cas de remariage de la femme de l'absent. — **52.** Ressemblance entre la condition de la bonne foi et celle de la juste cause. Différences ..... p. 73 à 77

CHAPITRE III. — EFFETS ACCORDES AU MARIAGE PUTATIF

53. Diverses sortes de mariage ; leurs effets ..... p. 77 à 79

Section I. — Effets du mariage putatif quant aux enfants nés pendant le mariage

54. La légitimité et ses prérogatives. Opinion des auteurs. — **55.** Jurisprudence. — **56.** Pas de distinction entre les causes de nullité. — **57.** Droit successoral à l'égard de l'époux de mauvaise foi ..... p. 80 à 83

§ I. — De l'influence de la cessation de la bonne foi des parents sur le sort des enfants

58. Position du problème. Jurisprudence. — **59.** Enfants nés avant et après la dispense pontificale ..... p. 83 à 85

§ II. — De la mort civile et de son influence en matière de mariage putatif

60. Opinion des auteurs. Jurisprudence ..... p. 85 à 87

Section II. — De la légitimation par mariage subséquent en cas de mariage putatif

61. Interprétation restrictive des anciens auteurs. — **62.** Jurisprudence : arrêt notable du Parlement de Paris. — **62 bis.** Controverse engagée lors de l'aff. Maillard pour et contre la légitimation. — **63.** Aff. Fiorelli. — **64.** Analyse critique de cette dernière espèce. — **65.** Opinion de la doctrine. — **66.** Avis erroné de Pothier. — **67.** Avis sensé de certains auteurs dissidents ..... p. 87 à 96

Section III. — Effets produits par le mariage putatif quant aux époux

68. Droit pour la femme de bonne foi de porter le nom de son mari, même après la mort de celui-ci. La bonne foi, excuse de l'adultère. — **69.** Droit successoral. Sort des libéralités. Révocation des donations. — **70.** Sort de la dot et du douaire. — **71.** Partage successoral en cas de bigamie du mari. — **72.** Troubles produits au sein du mariage putatif en cas du retour du conjoint absent ..... p. 96 à 103

IIe PARTIE

Le Droit Français Moderne

INTRODUCTION

73. L'institution du mariage putatif dans le projet préliminaire du Code Civil. — **74.** Articles 201 et 202 C. C. Etroitesse de ces textes. — **75.** Critique objective des dits articles. — **76.** Portée du mariage putatif. — **77.** Modifications survenues dans l'esprit du principe. Loi du 25 juin 1919 ..... p. 105 à 109

CHAPITRE I. — CONDITIONS DU MARIAGE PUTATIF

78. Opposition des Travaux Préparatoires et des textes du Code ..... p. 110 et 111

Section I. — Sort des anciennes conditions

79. Sort des conditions de la célébration publique et de la juste cause d'erreur. Opinion des premiers interprètes du Code. — **80.** Opinion doctrinale intermédiaire. Opinion de la doctrine moderne et contemporaine. — **81.** Sort de la condition de la juste cause à notre époque. — **82.** Evolution rapide de la jurisprudence. — **83.** Importance de la fraude en matière de mariage putatif ..... p. 111 à 116

Section II. — Causes de disparition des anciennes conditions

84. Transformation subie par le mariage lors de sa sécularisation. — **85.** Opposition radicale entre les auteurs ecclésiastiques et laïques quant à la notion et à la nature du mar'age ..... p. 116 à 120

Section III. — Première condition : il faut que le mariage ait été déclaré nul

86. Silence des auteurs autour de cette condition ; exagération corrélative de l'importance de la condition de bonne foi. — **87.** Critique de l'attitude de la doctrine. ..... p. 120 à 122

§ I. — Nécessité d'une condition relative au jugement de nullité

88. Le maintien de cette condition sert à éviter certaines anomalies de l'Ancien Droit. — **89.** Rôle dans le temps joué par le jugement de nullité. Rapprochement avec l'art. 1445, 2e al., C. C. — **90.** Autorité de la chose jugée en matière de mariage putatif ..... p. 122 à 127

§ II. — Portée juridique de la condition du jugement de nullité

91. Rôle juridique du jugement en matière de mariage putatif. — **92.** Le jugement déclarant la nullité du mariage et celui qui consacre la bonne foi des époux peuvent être deux jugements distincts. Jurisprudence. — **93.** Possibilité d'une décision statuant *ultra petita*. — **94.** Autorité relative ou absolue du jugement de nullité du mariage. — **95.** Application à la matière du mariage putatif. Théorie d'Aubry et Rau. Notre théorie. — **96.** Analyse critique du problème du point de vue doctrinal. — **97.** Personnes ayant intérêt à invoquer la bonne foi des époux ..... p. 127 à 136

§ III. — Nature des jugements auxquels est subordonnée la putativité

98. Jugements exclus. — **99.** Conflits de compétence. — **100.** Le mariage putatif et l'art. 324, 2°, du C. Pén. — **101.** Extravagances de certains arrêts. — **102.** Pondération de quelques tribunaux.

1° *Une nouvelle source de nullités*

103. Influence exercée par la théorie de l'inexistence du mariage sur le principe du mariage putatif. — **104.** Formation et évolution de la théorie de l'inexistence du mariage ..... p. 137 à 143

2° *Rapports entre la théorie de l'inexistence et la principe de la putativité*

105. Système doctrinal proposé pour résoudre la question de l'application du mariage putatif en cas de mariage inexistant ; ses défectuosités. Nouveau système ; sa logique et ses avantages ..... p. 143 et 144

3° *Historique de l'opinion doctrinale et jurisprudentielle sur la question*

106. Opinion hésitante des premiers interprètes du Code. — **107.** Jurisprudence libérale. — **108.** Opinion de la doctrine moderne et contemporaine.... p. 144 à 148

4° Analyse critique des arguments invoqués pour résoudre le problème

109. Arguments tirés des Textes et des Travaux Préparatoires. — **110.** Arguments de raison. — **111.** Arguments juridiques. — **112.** Ressemblances et différences entre les cas de nullité et les cas d'inexistence ..... p. 148 à 156

Section IV. — Deuxième condition : il faut que le mariage ait été contracté

113. Importance de cette condition. — **114.** Textes qui l'exigent expressément. — **115.** Evolution doctrinale. — **116.** Bien-fondé juridique de cette condition. — **117.** Eléments dont se compose le consentement. — **118.** Le consentement proprement dit. — **119.** Ses formes extérieures, et leur caractère particulier ..... p. 156 à 165

§ I. — Preuve du fait matériel ou légal

120. Particularités de la preuve du mariage en général. Impossibilité d'appliquer ce système de preuve en matière de mariage putatif. — **121.** Rapprochement avec les moyens de preuve usités en matière de filiation. — **122.** A qui incombe la charge de la preuve de la célébration ? — **123.** Jurisprudence coloniale ..... p. 165 à 169

§ II. — Critérium à employer pour l'appréciation pratique de la célébration

124. 1er cas : législations semblables à la législation française. — **125.** 2e cas : législations coloniales. — **126.** 3e cas : législations et coutumes où le mariage est purement consensuel. — **127.** Minimum de la célébration ..... p. 169 à 175

Section V. — Troisième condition :

il faut que le mariage ait été contracté de bonne foi

128. Exagération doctrinale de l'importance de cette condition. Juste valeur de la bonne foi. — **129.** Différence dans l'interprétation des textes religieux et des textes juridiques. — **130.** Critique de la bonne foi du point de vue juridique. — **131.** Silence du législateur sur la nature juridique de la bonne foi ..... p. 175 à 180

§ I. — Modalités de la bonne foi d'après la doctrine et la jurisprudence

132. Exigence d'une bonne foi unilatérale dans le Code et dans les Travaux Préparatoires. — **133.** Commentaire critique ..... p. 180 à 183

§ II. — De l'erreur de fait et de l'erreur de droit

1° Historique et position du problème général de la distinction des deux erreurs

134. Silence du Code. — **135.** La tradition romaine. — **136.** Le Code Civil et l'erreur de droit ..... p. 183 à 187

2° Evolution et opinion actuelle de la doctrine sur la distinction des erreurs en matière de mariage putatif

137. Position du problème — **138.** Intransigeance des premiers interprètes. — **139.** Doctrine dissidente. — **140.** Opinion de la doctrine moderne et contemporaine. ..... p. 187 à 190

3° Evolution et état actuel de la jurisprudence

141. Rigueur excessive de la jurisprudence primitive. — **142.** Solution justifiée de certains arrêts. — **143.** Les diverses étapes parcourues par la jurisprudence. — **144.** Mariage putatif et annulation pour cause d'inceste. — **145.** Problèmes contemporains. ..... p. 190 à 197

4° Critique raisonnée de la doctrine et de la jurisprudence

146. Théorie traditionnelle sur l'interprétation de l'adage « *Nemo censetur...* ». — **147.** Sa critique. — **148.** Théorie moderne. Défense de cette doctrine. — **149.** Arguments des textes. — **150.** Excusabilité de l'erreur en matière de mariage putatif. — **151.** L'excusabilité de l'erreur et la question de la nature de la bonne foi. — **152.** Devoir de prendre des renseignements. — **153.** Arguments rationnels.. p. 197 à 206

§ III. — A quel moment doit-on exiger la bonne foi ?

Effets de sa cessation

154. Intérêt qu'il y a à préciser ce moment. — **155.** Les auteurs et la jurisprudence. — **156.** Opinions dissidentes. — **157.** Rôle de la condition de la bonne foi en matière d'acquisition de fruits, et de prescription abrégée. — **158.** Rapprochement avec la bonne foi exigée en matière de mariage putatif. — **159.** Situation des époux et des enfants nés après la cessation de la bonne foi. Inconséquences de la doctrine. — **160.** Le problème envisagé du point de vue des causes de nullités. — **161.** Du point de vue du mariage putatif. — **162.** Du point de vue de la morale. — **163.** Opinion rationnelle de la doctrine moderne et contemporaine. Nos réserves personnelles ..... p. 206 à 218

§ IV. — Pouvoir d'appréciation du juge

Comment il peut former son opinion

164. Rôle souverain d'appréciation du juge du fond. — **165.** Pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation. — **166.** Pouvoir général de contrôle sur l'ensemble de l'institution ..... p. 218 à 221

1° Eléments matériels sur lesquels peut porter l'appréciation de la bonne foi

167. Condition, âge et sexe des époux. — **168.** Le défaut de publications n'exclut pas nécessairement la bonne foi. Négligence et hésitations des époux. — **169.** Circonstances matérielles antérieures à la célébration. — **170.** Circonstances concomitantes. — **171.** Circonstances postérieures ..... p. 221 à 226

2° Eléments de fait sur lesquels peut porter l'appréciation de la mauvaise foi

172. Appréciation critique de la jurisprudence ..... p. 226 à 228

§ V. — Charge de la preuve de la bonne foi

173. Quatre critériums différents pour résoudre le problème de l'*onus probandi*. ..... p. 228 et 229

1° Evolution de la doctrine et de la jurisprudence depuis la promulgation du Code jusqu'à nos jours

174. Les trois étapes successives de la doctrine. — **175.** Jurisprudence de la Cour de Cassation ..... p. 230 à 234

2° Examen critique

176. Critique de la théorie traditionnelle. — **177.** Arguments en faveur de l'idée de présomption de la bonne foi. — **178.** Arguments contraires. — **179.** Théorie éclectique moderne ..... p. 234 à 239

3° Preuve de la bonne foi

lorsque le Ministère Public intervient pour faire annuler le mariage

180. Position du problème. Règles jurisprudentielles. — **181.** Vérification doctrinale. ..... p. 239 à 241

CHAPITRE II. — EFFETS PRODUITS PAR LE MARIAGE PUTATIF

Introduction

182. Cause juridique des effets en matière de mariage putatif. — **183.** Dérogations à la règle *quod nullum est nullum producit effectum.* — **184.** Effets produits par le mariage nul, indépendamment de la putativité. — **185.** Le système français de la théorie de la rétroactivité de la nullité. — **186.** Analogie entre la dissolution du mariage par le divorce et le mariage putatif. — **187.** Fausseté de la théorie qui attribue au mariage putatif la nature d'une exception ou d'une fiction juridique. — **188.** Le principe de la rétroactivité de l'annulation et le mariage putatif. — **189.** Véritable nature juridique de l'institution. — **190.** Raisons sociales et juridiques qui expliquent son maintien dans le Code ..... p. 242 à 252

Section I. — Effets produits par le mariage putatif à l'égard des enfants

191. Identité de situation avec celle des enfants légitimes ..... p. 252

§ I. — Effets personnels produits à l'égard des enfants

192. Le mariage putatif et la présomption de l'art. 312 C. C. Comparaison de l'institution avec la fiction de l'adoption ..... p. 253 et 254

1° *Effets produits en faveur des enfants nés après la célébration*

A. *Effets généraux*

193. Légitimité. — **194.** Nom, domicile, émancipation, consentement à l'adoption, opposition au mariage ..... p. 254 à 256

B. *Effets particuliers relatifs à la tutelle*

195. Moment d'ouverture. — **196.** Influence de la bonne et de la mauvaise foi sur l'attribution de la tutelle ..... p. 256 à 259

2° *Effets produits en faveur des enfants nés ou conçus avant la célébration*

197. Silence du Code. — **198.** Projet de réforme de Laurent ..... p. 259 et 260

A. *Les diverses opinions de la doctrine*

199. Constructions doctrinales primitives ..... p. 261 et 262

B. *Etude critique*

200. Position de la question dans le Droit Moderne. — **201.** La tradition. — **202.** Arguments des textes. — **203.** Arguments juridiques tirés de la nature de l'institution ..... p. 262 à 267

C. *La jurisprudence. — Sort des enfants adultérins et incestueux*

204. Arrêt de la Cour de Cassation du 5 avril 1910. — **205.** Arrêt du 19 novembre 1923. — **206.** Conséquences de ces arrêts. — **207.** Aff. Dègas. — **208.** Notre théorie. — **209.** Critique de l'opinion libérale ..... p. 268 à 278

§ II. — Effets patrimoniaux à l'égard des enfants

210. Identité de situation avec celle des enfants légitimes et légitimés. — **211.** Droit successoral. Jurisprudence ..... p. 278 à 281

Section II. — Effets produits par le Mariage putatif à l'égard des époux

212. Point de départ de ces effets et limite finale ..... p. 281 à 282

§ I. — **Première hypothèse: Les deux époux sont de bonne foi**

213. Ressemblance et différence avec la situation en cas de mariage valable ..... p. 282 et 283

1° *Effets généraux*

214. Devoirs moraux. — **215.** Incapacité contractuelle. — **216.** Le nom de la femme putative. — **217.** Pension alimentaire. — **218.** Dommages et intérêts. — **219.** Droit successoral. — **220.** Critique de la doctrine. — **221.** Régimes matrimoniaux. — **222.** Avantages matrimoniaux, donations faites en vue du mariage. — **223.** Interdiction d'aliéner de l'art. 1595 C. C. ..... p. 283 à 293

2° *Effets spéciaux*

224. Puissance paternelle, ses attributs. — **225.** Problème de l'alliance. — **224.** Délai de viduité ..... p. 293 à 296

§ II. — **Deuxième hypothèse: Un seul des époux est de bonne foi**

227. Article 202 C. C. ..... p. 296 et 297

1° *Effets personnels et moraux*

228. Puissance paternelle, ses attributs. — **229.** Négation du devoir de fidélité ..... p. 297 à 300

2° *Effets patrimoniaux*

230. Droit successoral entre conjoints. — **231.** Pension alimentaire. — **232.** Droit de réparation morale. — **233.** Donations entre époux. — **234.** Révocation des donations par survenance d'enfants. — **235.** Avantages, reprises et gains de survie. — **236.** Régimes matrimoniaux. — **237.** Incapacité civile de la femme mariée. — **238.** Partage de la communauté en cas de bigamie. Opinion doctrinale. — **239.** Jurisprudence. — **240.** Critique. — **241.** Régime dotal ..... p. 300 à 313

Section III. — Effets produits à l'égard des tiers

242. Silence du Code. — **243.** Hypothèque légale de la femme mariée. — **244.** Donations *si nuptiae sequantur*. — **245.** Donations faites par des tiers dans le contrat de mariage. — **246.** Précarité des droits des tiers ..... p. 313 à 319

APPENDICE

La Nationalité, nos **247, 248** et **249** ..... p. 321 à 324

Conclusion ..... p. 325 et 526

Bibliographie ..... p. 327

Numéros concernent

Le Droit Romain : 2, 3, 7, 10, 21 et 135, 146 et ss.
Les Ecritures et le Droit Canonique : 3, 4, 11-25, 30 et ss., 43, 51, 85, 155, note 80, 163, note 99.
L'Ancien Droit Français : 26-70.
Le Droit Civil Moderne : 73-246.
Le Droit Pénal : 99-100 et 229.
Le Droit international privé : 247-249.

CHAUMONT. — IMP. DE L'EST